



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

Sección Segunda

Carrera 57 N° 43-91, Edificio Aydée Anzola Linares, CAN, piso 4°

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, treinta (30) de octubre dos mil veinte (2020)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2019-0085-00
Demandante:	STEFANNY AYALA ACUÑA
Demandado:	SUBRED INEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E

Tema: *Contrato Realidad-Enfermera Jefe*

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la siguiente sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 y conforme la siguiente motivación:

2. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones: la señora **Stefanny Ayala Acuña**, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., pretende que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación OJU-E-2766-2018 del 20 de septiembre de 2018, emitida por la entidad demandada y notificado el 21 de septiembre del mismo 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 02 de enero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016.

Como consecuencia de la nulidad del acto acusado, solicita la declaración de la existencia de un contrato de trabajo realidad entre las partes y a título de restablecimiento del derecho 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 a las enfermera jefes del 02 de enero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, (ii) Que pague a título de indemnización el valor equivalente al 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 enfermera jefe de la Subred Sur, entre el día 02 de enero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016, 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 PENSIÓN**, que le correspondía realizar a la entidad demandada y que debió cancelar al fondo pensional y a la E.P.S del 02 de enero de 2006 al 31 de agosto de 2016, 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) 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. vi) Las cotizaciones en forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar CAFAM durante el tiempo que laboró la demandante, es decir, del 02 de enero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4º artículo 187 de la Ley 1437 de 2011. vii) 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.

Igualmente, solicita se condene a la entidad demandada que pague a la actora la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales, además se le condene 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.

Finalmente, solicita se declare que el tiempo laborado por la 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. Hechos¹. Tal como lo señaló en la demanda los hechos son los siguientes

2.2.1 Manifiesta la demandante que fue vinculada por la Subred Integrada De Servicios De Salud Sur E.S.E. para prestar sus servicios en el cargo de enfermera jefe, de forma personal y subordinada, a través de múltiples contratos de arrendamiento de servicios y de prestación de servicios de manera sucesiva, habitual y sin interrupción desde el 02 de enero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016.

2.2.2 Afirma que devengaba la suma de tres millones novecientos mil pesos mensuales Moneda Corriente (\$3.900.000M/CTE) y que le era consignado en una cuenta bancaria; así mismo sostiene que debía cumplir un horario de trabajo de lunes a domingo, entre 7:00 am a 7:00 p.m., de domingo a domingo.

2.2.3. Expresó que las funciones que cumplía en el cargo de enfermera jefe fueron: recibir turno, hacer pedido de insumos correspondientes, asignación de personal a su cargo, preparación de medicamentos, toma de paraclínicos, envío de pacientes a una unidad renal, RX preparación de pacientes para exámenes especiales, dejar pacientes listos para procedimientos quirúrgicos, administrar turnos y que su jefe inmediato era Marcela Julia Subdirectora administrativa científica.

2.2.4. Argumenta que la accionada le exigía afiliarse como trabajadora independiente al sistema general de seguridad social en salud y pensiones, y previamente a la continuidad laboral debía adquirir una póliza de cumplimiento de responsabilidad civil.

2.2.5. Adujo que cada pago le era descontada una deducción por concepto de retención en la fuente e impuesto I.C.A.; además le fue expedido carnet de trabajo que la identificaba como empleada de la entidad demandada para el HOSPITAL MEISSEN E.S.E, señaló que durante el tiempo que laboró con el hospital no se le reconoció pago de prestaciones sociales.

¹ Fls. 39-43

2.2.6 Manifestó que sus compañeros de trabajo, los cuales cumplían sus mismas funciones, estaban vinculados directamente con la entidad y disfrutaban de todas las prestaciones legales y convencionales.

2.2.7. Agregó que durante el tiempo que laboró no le fueron otorgados las vacaciones como tampoco le fueron compensadas en dinero, así como nunca le reconoció y pagó prestaciones sociales, manifestó, además, que cumplía un horario de trabajo, recibiendo órdenes de sus superiores y realizaba de manera personal la labor encomendada y que no podía delegar sus funciones.

2.2.8 Expresó que su último cargo desempeñado fue el de enfermera jefe, cumpliendo horarios de trabajo, recibiendo órdenes de sus superiores y realizando de manera personal la labor encomendada. Agregó que siempre estuvo a ordenes exclusivas todo el tiempo del hospital.

2.6.7 Preciso que para ausentarse del trabajo debía pedir autorización de su jefe inmediato.

2.6.8 A través de comunicado OJU- E- 2766-2018 de 20 de septiembre de 2018, la entidad demandada emitió respuesta negativa frente a la anterior petición sobre reclamación del pago de prestaciones sociales.

2.3 Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas se citan en la demanda las siguientes: Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1968 Decreto 1045 de 1968, Decreto 01 de 1984, y como normas constitucionales violadas los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 126, 209, 277 y 351-1.

Señaló que la entidad accionada pretendió esconder una relación laboral durante todo el tiempo de trabajo de la demandante como enfermera jefa y dentro de las instalaciones de la empresa demandada sin ninguna justificación; agregó que se demostró con el material probatorio la mala fe patronal por lo tanto se deben acceder a las pretensiones de la demanda.

Expresó que la demandante prestó sus servicios de forma directa, no podía delegar funciones a ella asignadas y que se encontraba subordinada y cumplía las órdenes de su superior, Marcela Jula, quien era la subdirectora administrativa científica.

Argumentó que la entidad demandada para no contratar directamente a la demandante, lo hizo mediante contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y de prestación de servicios personales para no vincularla, pero se encuentra probado que la demandante siempre estuvo recibiendo órdenes.

Finalmente, indicó que la demandante como enfermera jefe ha realizado actividades dentro de las instalaciones del hospital, cumpliendo agendas previamente elaboradas por el empleador, por tal razón, no se puede entender que la misma podía delegar sus actividades a un tercero de su elección o que cualquiera podía ejecutar las actividades a ella encomendadas, aunado al hecho que está probado que la demandante trabajaba de lunes a viernes y que por esto se le cancelaba un pago mensual fijo, concurriendo los tres elementos de los que trata el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

2.4. Actuación procesal. La demanda se presentó el 27 de febrero de 2019², por medio de auto de 26 de abril de 2019³, el Despacho admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 23 de septiembre de 2019, fue notificada mediante correo electrónico a las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁴.

Posteriormente, la parte demandada contestó la demanda de la referencia a través de memorial de fecha 12 de diciembre de 2019⁵, dentro del cual presentó excepciones tanto previas como de fondo y solicitó el decreto y practica de pruebas.

Cumplido lo anterior, se llevó a cabo audiencia inicial en la cual se desarrollaron cada una de las etapas consagradas en el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, desde el saneamiento hasta el decreto de pruebas, en dicha etapa se decretaron unas pruebas documentales, como también unos testimonios e interrogatorio de parte para el día 7 de octubre de 2020.

Llegado el día de la audiencia se recepcionaron los testimonios e interrogatorio de parte decretados, se incorporaron las pruebas que hasta la fecha habían llegado y se cerró el periodo probatorio además se corrió traslado para alegar de conclusión, etapa de la cual hicieron uso las partes.

² Ver folio 185 expediente digital

³ Ver folio 197 expediente digital

⁴ Fls. 78

⁵ Ver folio 207 expediente digital

2.5. Pronunciamiento de la parte demandada. La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., por conducto de apoderado judicial, contestó en término la demanda⁶, oponiéndose 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.

Agregó que la petición de declaratoria de nulidad debería estar inmersa en alguna de las causales contempladas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, sin embargo, en ninguna de ellas se encuentra relacionado el objeto de la solicitud de nulidad del acto que aquí se está atacando, por lo tanto las pretensiones se deben atender de forma desfavorable; señala que entre el demandando y la actora nunca existió una relación laboral, por cuanto solo existió una relación contractual regida por el derecho privado, civil y comercial, conforme al artículo 195 de la Ley 100 de 1993, además nunca se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo.

En su defensa, la entidad demandada propone las excepciones de prescripción extintiva y como excepciones de fondo plantea la inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, inexistencia de la obligación y del derecho, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral y buena fe.

Expresó que las relaciones contractuales celebradas con la demandante se finalizaron y cancelaron conforme a ley, es por ello, que la entidad no tiene ningún tipo de obligación frente a la demandante, dado que los contratos de prestación de servicios fueron ejecutados y pagados conforme a como la modalidad contractual lo exigía.

Manifestó que la labor fue consentida y aceptada por la demandante, de acuerdo con su contrato de trabajo de prestación de servicios, sin que hubiese establecido alguna prestación, además el pago de la remuneración fue con ocasión al pago de los honorarios pactados, valor que recibió de forma mensual como prestación de los servicios. Indica que la calidad de la demandante fue de contratista, situación que no fue cuestionada, además aceptó las condiciones del contrato.

Agregó también que la accionante no puede pregonar que tenía un jefe inmediato que le impartía ordenes, porque como es común debe existir una persona que tenga el manejo y control de las actividades que desarrollan, sin que ello quiera decir que a la

6 Folio 207 expediente digital

demandante se le impartían ordenes, además añadió que el ejercicio de su actividad fue de manera autónoma e independiente.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante. Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas, los cuales quedaron grabados en equipo de audio y video.

En síntesis indicó que conforme a las pruebas recaudadas legalmente dentro del proceso, se hace necesario traer a colación el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, el cual señala los elementos esenciales para que exista un contrato de trabajo, como lo es la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración periódica, así mismo señaló que para este caso no existe duda la prestación personal de los servicios por parte de la actora, debido a que no podía delegar sus funciones a una persona de su elección y realizar cambios de turno sin autorización previa de sus jefes inmediatos, además señaló que la actora recibía órdenes directas de sus jefes inmediatos quienes eran los mismos que se encargaban de elaborar los turnos. Además la actora recibía el pago de un salario como contraprestación del servicio prestado, como también las funciones las debía prestar de forma personal y no delegarlas. Indicó que se encuentra probado que existían cargos de planta que desempeñaban las mismas funciones de la actora quienes si tenían todas las garantías laborales.

Indicó que se deben tener en cuenta los testimonios toda vez, que las mismas fueron compañeras de trabajo de la actora y compartieron con ella las labores desempeñadas dentro del hospital, al igual que quedó plenamente probada la subordinación, salario y prestación personal del servicio.

2.6.2 La parte demandada. Presentó sus alegatos en audiencia de pruebas, los cuales quedaron grabados en medio magnético de audio y video.

Indicó que de acuerdo con las pruebas aportadas y practicadas se constató que el contrato celebrado entre las partes se firmó de común acuerdo dentro de los diversos contratos en los cuales quedaron establecidas las funciones, el tiempo y las actividades debía cumplir la misma; recalca que no es cierto que el servicio se prestó de manera continua puesto que fue contratada cuando la entidad demandada requería de sus servicios tal como se constata de las certificaciones expedidas por la entidad; añade

que para un periodo del año 2009 no estuvo vinculada a la entidad, por lo cual se logra establecer que solo era contratada por razones del servicio.

Añadió que de los testimonios no se pudo establecer la subordinación, como tampoco se logró demostrar la prestación del servicio personal por parte de la demandante, agregó además que del interrogatorio de parte se pudo establecer que la demandante no solo prestó sus servicios en el hospital sino también en otras prestadoras de salud lo cual muestra que la accionante tenía liberalidad a la hora de prestar el servicio, en consideración a que prestaba en una entidad y otra sus servicios. Finalmente, señala que los testimonios fueron muy dubitativos además son demandantes en otros procesos y en sus demandas tienen las mismas pretensiones que las invocadas en este proceso.

2.5.3 Concepto del Ministerio Público. La delegada del Ministerio Público ante este Despacho, se abstuvo de presentar concepto en el presente asunto.

3. CONSIDERACIONES

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

3.1 Problema Jurídico. Tal como quedó fijado en la audiencia inicial.

Se debe determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la comunicación con radicado **No. OJU-E-2766-2018 de 20 de septiembre de 2018**, por medio del cual se le negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato realidad que existió entre la entidad demandada y el actor entre el **2 de enero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016**.

Como consecuencia de la anterior nulidad y previa declaratoria del contrato realidad, se debe establecer si la actora tiene derecho a que la entidad demandada le pague **las diferencias salariales** existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados al cargo de enfermera jefe. Así mismo se debe determinar si tiene derecho al pago 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 enfermera jefe.

De la misma manera si le asiste el derecho a que se le paguen los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en **SALUD** y **PENSIÓN**, que le correspondía realizar a la entidad demandada y que debió cancelar al fondo pensional y a la E.P.S, y a 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 y el impuesto I.C.A.**, a la indemnización por **despido injusto** con ocasión del retiro del servicios sin justa causa, a la **indemnización contenida en la ley 244 de 1995**, la indemnización prevista en el párrafo **1º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002** Las cotizaciones en forma retroactiva **a la Caja de Compensación Familiar CAFAM** durante el tiempo que laboró el demandante.

Así mismo se debe establecer si se debe condenar a la demandada al pago de la indemnización que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no afiliar a la demandante al Fondo Nacional del Ahorro, ni haber efectuado las consignaciones de las cesantías a este; la sanción moratoria por falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías.

Por último, si se debe **declarar** 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.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contrario sensu, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación de servicios, como lo ha sostenido la Corte Constitucional⁷ y el H. Consejo de Estado⁸, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

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

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

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

3.3.- Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad⁹

⁷ Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

⁸ Consejo de Estado, secc. 2ª, sub-secc. “B”, sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

⁹ Este capítulo fue tomado íntegramente de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2013 por la Sección Segunda - Subsección A del Consejo de Estado, expediente radicado con el número: 47001 23 31 000 2010 00497 01 (1673-12), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es 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 dependiente¹⁰.

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 Bustamante¹¹, 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 subordinación¹².

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

Por el contrario, existirá una relación contractual, regida por la Ley 80 de 1993, cuando: a) se pacte la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, b) el contratista sea autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, c) se le paguen honorarios por los servicios

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹¹ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

¹² Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

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 prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹³.

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 suscrito¹⁴.

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

13 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.

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

el aforismo “*onus probandi incumbit actori*”¹⁵, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos previamente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

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

3.4.- 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 extintivo¹⁶.

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 años¹⁷.

Y seguidamente el Consejo de Estado determinó que el plazo razonable en el que se debe peticionar 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

¹⁵ La carga de la prueba incumbe al actor.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

artículo 91 del CPACA, en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados¹⁸.

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 2016¹⁹, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados²⁰ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar²¹.

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

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

19 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.

20 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.

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

acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

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

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

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

Al respecto, en su aclaración de voto el consejero de Estado William Hernández Gómez consideró que para los efectos del requisito de continuidad es dable precisar que tal lapso encuentra referencia en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala 15 días. Previsión que vale recordar, ya había sido tenida en cuenta por esa Corporación en sentencia del 23 de junio de 2016, siendo ponente el magistrado Luis Rafael Vergara Quintero²².

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente²³:

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

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un

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

23 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.

término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días²⁴”.

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

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

Para acreditar la existencia de una relación laboral, es obligatorio probar los tres elementos referidos en líneas anteriores, pero principalmente, que la persona desempeñe una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

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

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

“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos²⁵”.

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

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

En cuanto a la dirección y coordinación de los contratos de prestación de servicio como modalidad contractual estatal, el artículo 14 de la Ley 80 de 1993²⁶, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales²⁷.

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

“Se ha sostenido que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Igualmente, agregó que:

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

El sub lite se encuadra dentro de tal circunstancia, pues entre el libelista y la entidad accionada hubo una relación de coordinación, que no permite configurar la existencia de una subordinación, y por tanto, no hay lugar a deducir que en realidad se hubiera encubierto una relación laboral, aun cuando los otros dos (2) elementos, prestación personal del servicio y remuneración si se hallan suficientemente probados en el expediente....” (Sentencia de la Subsección “B”, del 19 de febrero de 2004, Exp. No. 0099-03)

Igualmente lo reiteró en sentencia de 31 de mayo de 2016²⁸:

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

3.6 Subordinación, el elemento medular del contrato realidad.

²⁶ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

²⁷ Artículo 14º.- De los Medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el Cumplimiento del Objeto Contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato: 10. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán en los casos previstos en el numeral 2 de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado...”

²⁸ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado²⁹, respecto a la subordinación, se ha entendido esta como la aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, “todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado”

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

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

4. Caso concreto.

Antes de abordar el caso bajo estudio, se resolverá como cuestión previa las tachas por imparcialidad presentadas por el apoderado de la parte demandada en la audiencia de pruebas llevada a cabo el día **7 de octubre de 2020**; Resuelto lo anterior, se analizarán los problemas jurídicos, tal como quedaron establecidos en su respectivo acápite.

4.1 Cuestión previa. La tacha es un cuestionamiento que se realiza respecto 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, lo que lo torna en "sospechoso".

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

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

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 probatoria³⁰".*

Así mismo, en sentencia de 18 de mayo de 2017, Exp.: 63001233300020130015401(2170-2015) M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez , 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”.*

Así las cosas, procede el Despacho a resolver las solicitudes de tacha iteradas por el apoderado de la entidad demandada en la audiencia de pruebas; haciendo referencia a que el extremo pasivo Litis presentó el mismo fundamento de la tacha tanto para el testimonio de la señora Karim Zulima Lancheros Diazgranados, como para la señora Diana Catherine Martínez Reyes.

30 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.

Para mayor ilustración primero se transcribirá el fundamento de la tacha y luego se resolverá.

Respecto del testimonio de la señora Karim Zulima Lancheros Diazgranados, el apoderado a minuto 27:11 del audio, señaló: *“(...) se permite tachar la imparcialidad de la testigo la señora Karen Zulima por las varias razones, la primera porque ha manifestado que la señora Steffany Ayala era su superior en el ejercicio de su actividad como contratista de la Subred, segundo porque ha demandado a la Subred por las mismas pretensiones de la señora Steffany en el presente proceso y tercero porque la señora Stefanny fungió como testigo dentro del mismo proceso, luego lo que se está intentando es la imparcialidad del testigo se ve trastocada porque el interés que tiene la señora Stefanny en lograr que las pretensiones de la demandada salga delante son las mismas de la señora testigo...”*

Respecto del testimonio de Diana Catherine Martínez Reyes, el apoderado a minuto 56:29 indicó: *“(...) con las mismas manifestaciones se pone de presente que se puede ver afectada la imparcialidad del testigo porque bien como se explicó en la primera parte de la audiencia y en este caso la señora Diana Martínez tiene las mismas pretensiones de la señora Stefanny y acude al testimonio con el fin que se le concedan las pretensiones a la demandante Stefanny, siento que podría constituir en un precedente horizontal que puede favorecer a sus intenciones de obtener el mismo resultado...”*

Ahora bien, finalizada la exposición de las razones por las cuales el apoderado de la parte demandada tachó por imparcialidad a los testimonios, el Despacho procederá a resolverlas así: Considera el Despacho que no prospera la tacha formulada por cuanto la sola circunstancia que las testigos fueron compañeras de la señora Steffany Ayala Acuña en el Hospital Meissen por contrato de prestación de servicios y también sean demandantes no conduce necesariamente a inferir que falten a la verdad en su declaración, pues hubo objetividad de las testigos al momento de establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales se desarrollaron los contratos de prestación de servicios.

Además fueron claras en señalar, como se desempeñaban las funciones, el horario, el lugar de trabajo, en otras palabras, quien más que ellas, (compañeras de trabajo y auxiliares de enfermería que estaban bajo el mando de la actora), las legitimadas para describir el modo como desarrollaban las labores encomendadas. En conclusión el juzgado no encontró contradicción entre las declaraciones recepcionadas el día de la audiencia de pruebas.

Ahora bien, 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 esta judicatura que lo indicado por los testigos 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 ellas contratistas del Hospital Meissen se hallan bajo las mismas formas de ejecución de tales contratos y estaban sometidas a las mismas condiciones de ejecución pese a no tener el mismo cargo puesto que la demandante era **enfermera jefe** y los testigos **auxiliares de enfermería**. Teniendo en cuenta lo expuesto, no prospera la tacha formulada por el apoderado de la entidad demandada para ninguna de las testigos.

Dentro de los testimonios recepcionados en la diligencia se pudo establecer que pese a que las mismas, han presentado demanda en contra de la entidad accionada, y también la demandante fue testigo en sus respectivos procesos, las mismas compartieron y coincidieron en los turnos asignados, por cuanto la demandante era la que lideraba, coordinaba y supervisaba las labores de las auxiliares de enfermería dentro del Hospital Meissen, por lo tanto, estas tenían conocimiento de la forma, horarios, modo, tiempo en cómo la señora Stefanny Ayala Acuña desarrollaba sus actividades en la entidad prestadora de Salud.

Además, los testigos al estar bajo el mando y la dirección de la demandante debían tener contacto con la misma y con sus actividades, razón por la cual, estas son las legitimadas para dar fe y constancia de la labor desempeñada por la actora en su calidad de enfermera jefe dentro del hospital. No obstante ello no quiere decir que el despacho este prejuzgando antes de proceder al estudio de la configuración de los elementos que constituyen la relación laboral.

Resuelto el punto anterior, pasa a estudiar el Despacho el caso concreto, teniendo en cuenta el material probatorio aportado y los testimonios recepcionados el día de la audiencia de pruebas.

4.2 De lo acreditado dentro del proceso

- a) Solicitud de acreencias laborales de fecha 7 de septiembre de 2018, radicada ante la entidad demandada, por medio de la cual la parte actora solicitó el pago y reconocimiento de todas las acreencias laborales derivadas de una relación laboral, folio 59 expediente digital.
- b) Respuesta a la petición antes indicada, con radicado 201803510216221 de 19 de septiembre de 2018, por medio de la cual el Gerente de la entidad demandada

niega el reconocimiento y pago solicitado, por la parte actora, folio 65 del expediente digital, argumentando que la actora trabajo en el entidad bajo la modalidad de contratista.

c) La señora Stefanny Ayala acuña Suscribió contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, y según el certificado que obra a folio 93 del expediente digital, del cual se extrae:

1. Contrato No. 4-228, desde **07/02/2006** al **31/03/2006**, cargo jefe de enfermería.
2. Contrato No. 4-408, desde **01/04/2006** al **31/07/2006**, cargo jefe de enfermería.
3. Contrato No. 4-843, desde **01/08/2006** al **01/01/2007**, cargo jefe de enfermería
4. Contrato No.4-162, desde el **02/01/2007** al **30/03/2007**, cargo jefe de enfermería.
5. Contrato No.4-391, desde el **01/04/2007** al **30/06/2007**, cargo jefe de enfermería.
6. Contrato No.4-567, desde el **01/07/2007** al **02/01/2008**, cargo jefe de enfermería,
7. Contrato No.4-143, desde el **03/01/2008** al **31/03/2008**, cargo jefe de enfermería.
8. Contrato No.4-287, desde el **01/04/2008** al **30/06/2008**, cargo jefe de enfermería.
9. Contrato No. 4-462, desde el **01/07/2008** al **01/01/2009**, cargo jefe de enfermería.
10. Contrato No.4- 160, desde el **02/01/2009** al **31/03/2009**, cargo jefe de enfermería.
11. Contrato No.4-350, desde el **01/04/2009** al **30/11/2009**, cargo jefe de enfermería.
12. Contrato No.4-244, desde el **03/05/2010** al **03/01/2011**, cargo jefe de enfermería **(Se observa que aquí se interrumpe la continuidad del contrato teniendo en cuenta que transcurrieron 5 meses y 2 días entre la terminación del contrato 4-350 y la suscripción del contrato 2-244)**
13. Contrato No.4-031, desde el **04/01/2011** al **31/03/2011**, cargo jefe de enfermería.
14. Contrato No.4-466, desde el **01/04/2011** al **30/06/2011**, cargo jefe de enfermería.

15. Contrato No.4-571, desde el **01/07/2011** al **03/01/2012**, cargo jefe de enfermería.
16. Contrato No.4-088, desde el **04/01/2012** al **30/04/2012**, cargo jefe de enfermería.
17. Contrato No. 52, desde el **01/05/2012** al **08/08/2012**, cargo jefe de enfermería.
18. Contrato No.1895, desde el **13/08/2012** al **31/10/2012**, cargo jefe de enfermería.
19. Contrato No.2284, desde el **01/11/2012** al **10/12/2012**, cargo jefe de enfermería.
20. Contrato No. 3047, desde el **11/12/2012** al **01/01/2013**, cargo jefe de enfermería.
21. Contrato No.0-222, desde el **02/01/2013** al **31/01/2013**, cargo jefe de enfermería.
22. Contrato No. 0-1029, desde el **01/02/2013** al **30/04/2013**, cargo jefe de enfermería.
23. Contrato No. O-2038, desde el **01/05/2013** al **31/05/2013**, cargo jefe de enfermería líder de servicio ambulatorio.
24. Contrato No. O-2855, desde el **01/06/2013** al **1/07/2013**, cargo jefe de enfermería líder de servicio ambulatorio.
25. Contrato No. 0-3726, desde **02/07/2013** al **29/07/2013**, cargo jefe de enfermería líder de servicio ambulatorio.
26. Contrato No. O-4593, desde el **30/07/2013** al **02/09/2013**, cargo jefe de enfermería líder en servicio ambulatorio.
27. Contrato No. O-5440, desde el **03/09/2013** al **03/01/2014**, cargo jefe de enfermería líder en servicio ambulatorio.
28. Contrato No. 0-211, desde el **04/01/2014** al **31/01/2013**, cargo jefe de enfermería líder en servicio ambulatorio.
29. Contrato No. O-1039, desde el **01/02/2014** al **30/04/2014**, cargo jefe de enfermería.
30. Contrato No. O- 2445, desde el **01/05/2014** al **30/07/2014**, cargo jefe de enfermería.
31. Contrato No. O- 2855, desde el **01/08/2014** al **31/08/2014**, cargo jefe de enfermería.
32. Contrato No. O. 3643, desde el **01/09/2014** al **01/10/2014**, cargo jefe de enfermería.
33. Contrato No. O-4430, desde el **02/10/2014** al **30/11/2014**, cargo jefe de enfermería.

- 34.** Contrato No. O-5260, desde el **01/12/2014** al **01/01/2015**, prestar servicios profesionales, en actividades asistenciales de enfermería.
- 35.** Contrato No. O-180, desde el **02/01/2015** al **31/01/2015**, perfil: prestar servicios profesionales, en actividades asistenciales de enfermería.
- 36.** Contrato No.-O967, desde el **01/02/2015** al **28/02/2015**, perfil: prestar servicios profesionales, en actividades asistenciales de enfermería.
- 37.** Contrato No. O-1749, desde el **01/03/2015** al **30/09/2015**, cargo jefe de enfermería.
- 38.** Contrato No.O-2755, desde el **01/10/2015** al **30/11/2015**, perfil: prestar servicios profesionales, en actividades asistenciales de enfermería.
- 39.** Contrato No. O-2755, desde **01/12/2015** al **20/12/2015**, perfil: prestar servicios profesionales, en actividades asistenciales de enfermería.
- 40.** Contrato No. O-2755, desde **21/12/2015** al **03/01/2016**, perfil: prestar servicios profesionales, en actividades asistenciales de enfermería.
- 41.** Contrato No. O-164, desde **04/01/2016** al **31/08/2016**, perfil: prestar servicios profesionales, en actividades asistenciales de enfermería.

d) Igualmente, obran dentro del expediente los contratos celebrados por la señora Stefanny Ayala Acuña³¹, antes relacionados, de los cuales se desprende, a modo de extracto las siguientes funciones: *“1. Coordinar y asegurar con el personal del servicio la pronta ubicación y atención del paciente según clasificación triage cumpliendo con lo dispuesto en los protocolos respectivos. 2. Identificar pacientes con riesgo de lesión y orientar medidas preventivas. 3. Colaborar con la enfermera jefe del comité de infecciones para la realización de rondas epidemiológicas y la implementación de medidas correctivas, 4. Liderar el recibo y entrega de pacientes y actividades según normas de la Institución, 5. Supervisar la funcionalidad de elementos y equipos que requiere el paciente. 6. Coordinar el plan de atención de pacientes con otras disciplinas, como trabajo social terapias, etc. 7. Colaborar con el médico en los procedimientos especiales”.*

d) Obran las planillas de la programación de actividades en enfermería, para los años 2007, 2008, 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, donde se evidencia el formato de actividades de las enfermeras jefes del Hospital Meissen, y en las cuales observadas individualmente aparece la demandante, Stefanny Ayala Acuña, folio 1-51, anexo pruebas 4 el cual obra dentro del expediente digital.

e) Dentro del expediente digital fungen los listados de enfermeros del Hospital Meissen para las vigencias 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016,

³¹ Ver folio 91 del expediente digital.

de donde se desprende que para los años reseñados habían tanto enfermeros de en carrea como en provisionalidad, folios 13 al 17, Numeral 19 pruebas No.2, las cuales desempeñaban las mismas funciones de la actora, como se ilustrará más adelante.

f) Asimismo, obra manual específico de funciones y competencias laborales del cargo de Enfermero, en carrera administrativa- enfermero y enfermera profesional-, dentro del cual aparecen como funciones esenciales las siguientes: “ *coordinar las actividades de enfermería con las demás dependencias buscando la integración con el resto del equipo de salud, optimizando la salud del paciente, realizar el proceso de atención a enfermería como método científico de la profesión, registrar en la historia clínica toda la información disponible de los problemas identificados en individuos, familia y comunidad, realizar la recepción del paciente revisando la historia clínica*”. Folios 19 al 69, Numeral 19 pruebas No.2.

g) Informe escrito emanado del Gerente de la Subred de fecha 1 de octubre de 2020, radicado No. 2826, por medio del cual la entidad demandada se opone a la existencia de una relación laboral con la actora, en tanto nunca ostento la calidad de empleada pública, al igual que no estaba sometida al cumplimiento de horario como tampoco ordenes emanadas de superiores. Folios 1-6 Numeral 27 del expediente digital.

4.3 De los elementos configurativos del contrato realidad

Ahora bien, como lo que se debate en esta contienda es determinar si efectivamente existió una relación laboral entre la demandante y el extremo pasivo, se estudiarán por separado los tres elementos, haciendo hincapié en los apartes de los testimonios que son relevantes para probar los requisitos y seguidamente si se cumplió o no.

4.3.1. De la prestación personal del servicio

- Del Testimonio de la señora Karim Zulima Lanceros Diazgranados:

“Preguntado: usted sabe o le consta cuales eran las actividades que realizaba la demandante. **Contestó:** en el tiempo que yo me encontraba en el hospital era supervisión de personal, coordinar que todo el turno este bien organizado, que este todo el personal en el área cronogramas de turno, todas las funciones que tiene una coordinadora o supervisora de servicio de urgencias. **Preguntado:** las funciones de la señora Stefanny era coordinadora de todo el personal o coordinadora del grupo donde usted estaba. **Contestó:** comenzando en el 2010 coordinadora de urgencias, después a ellos los rotaron a coordinadores de turno, como decirle de 7 a.m., a 7 de la noche eso era rotativo. **Preguntado:** ustedes trabajaron en el mismo horario. **Contestó:** no porque ella hacia turno de noche y yo hacía turno en la mañana. **Preguntado:** como prestaba ella el servicio ante la entidad, ante el hospital, como lo hacía de manera personal, lo hacía virtualmente, lo hacía directamente, lo hacía a través de una interpuesta persona. **Contestado:** personal, lo digo porque la veía cuando coincidíamos en los turnos”.

- Del testimonio de la señora Diana Catherine Martínez Reyes:

“Preguntado: sabe o conoce cuales eran las actividades que realizaba la aquí demandante.
Contestó: la Jefe Stefanny era la que coordinaba todo lo de enfermería, los turnos, miraba que todo estuviera marchando bien, los insumos porque ella era de urgencias entonces ella estaba pendiente de todo”.

De acuerdo con las pruebas aportadas, practicadas e incorporadas al expediente, se demostró que la accionante prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los contratos suscritos con el entonces HOSPITAL MEISSEN (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E) cuya relación quedó consignada en los testimonios decretados e interrogatorio de parte válidamente recepcionados en la audiencia de pruebas.

Así mismos de los testimonios se pudo colegir que la actora desempeñó sus labores en las instalaciones del centro hospitalario, realizando actividades como enfermera jefa, quien coordinaba las labores del personal. Asimismo, como los contratos de prestación de servicios se realizaron *intuito personae*, dada la formación profesional de la demandante, no hay duda de que la ejecución fue cumplida personalmente por esta. A más de ello, este aspecto no lo discuten las partes.

4.2.2 De la Remuneración

Del Testimonio de la señora Karim Zulima Lancheros Diazgranados, (minuto 34:12), se extrajo:

preguntado: ¿ella recibía una remuneración por los servicios prestados en el hospital?
Contestado: sí. **Preguntado:** como le pagaban esa remuneración? **Contestado:** igual que a todos por medio de pago de nómina por la cuenta Davivienda. **Preguntado:** como eran los pagos, eran puntuales o eran irregulares **Contestado:** no, no eran puntuales, nos pagaban cada dos tres veces y después los pagos se tardaban 10 15 días”.

Del testimonio de la señora Diana Catherine Martínez Reyes, se extrae:

Preguntado: usted sabe o le consta como se le realizaban los pagos a la demandante.
Contestado: el Hospital Meissen nos hizo abrir una cuenta de ahorros en el banco Davivienda, entonces por ahí mismo nos consignaban y retirábamos en el centro comercial del Tunal que ahí fue donde nos mandaron a abrir la cuenta.

En la certificación que obra en expediente³², se verifica que la entidad fijó a la demandante una retribución mensual por sus servicios prestados como enfermera jefe.

No. de orden de contrato de Prestación	Desde	Hasta	Objeto/Perfil	Valor total del contrato	Unidad servicios de salud
--	-------	-------	---------------	--------------------------	---------------------------

32 ver folio 93 del expediente digital

de servicio					
4-228	7/02/2006	31/03/2006	Jefe de enfermería	\$4.222.112	MEISSEN
4-408	01/04/2006	31/07/2006	Jefe de enfermería	\$8.444.228	MEISSEN
4-843	01/08/2006	01/01/2007	Jefe de enfermería	\$10.555.285	MEISSEN

Igualmente, sobre este aspecto, la testigo coincidió en que los pagos se realizaban de manera regular y mensual, aunado al hecho que de la certificación expedida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, se logró evidenciar que la actora recibió por cada contrato el pago de un salario, además esto no fue discutido por la parte demandada, razón por la cual se encuentra que no hay lugar a duda que la accionante percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios.

De lo anterior, se puede concluir la concurrencia del primer elemento del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

4.2.3. De la subordinación

Testimonio de la señora Karim Zulima Lancheros:

Preguntado: usted me podría manifestar si la demandante tenía que cumplir órdenes de otra persona. **Contestó:** si de sus superiores, estaba el subdirector, habían otras coordinadoras que era la coordinadora general, habían otros jefes que eran los jefes de planta que eran las coordinadoras cabeza de ellos. **Preguntado:** usted podría manifestarle al Despacho el nombre del jefe inmediato de la señora Steffany Ayala si lo conoce. **Contestó:** estaba el Doctor Morales, para un tiempo acá estaba la jefe Luz Marina Vargas, son los nombres así que recuerdo, Carmen Gualteros en un tiempo es que los rotaban mucho. **Preguntado:** que profesión tenía la señora Steffany Ayala si usted la conoce. **Contestó:** ella es enfermera jefa. **Preguntado:** pero ella es auxiliar de enfermería o enfermera superior. **Contestó:** enfermera profesional. **Preguntado:** entonces las personas que usted me acaba de mencionar como superiores de ella que cargo tenían. **Contestado:** enfermeras profesionales de planta. **Preguntado:** cuando la señora Steffany Ayala debía ausentarse del cargo usted sabe que tenía que hacer ella para poderse ausentar. **Contestado:** me imagino que lo que nos tocaba hacer a todos llenar un formato tenía que hacerse con unos días de anticipación y si lo autorizaba el ente superior. **Preguntado:** a ella quien le autorizaba los permisos. **Contestó:** los superiores, la jefe Luz Marina, el Subdirector científico, el que estaba encargado en ese entonces cuando ella estaba. **Preguntado:** usted ahorita dijo me imagino, o sea usted no está segura. **Contestó:** deber ser lo mismo como nosotros de contrato. **Preguntado:** por eso usted dice debe ser, me imagino, o sea usted no está segura de que sea así. **Contestó:** si, si estoy segura de que tenían que firmar un formato. **Preguntado:** usted sabe si a la señora Stefanny le hicieron algún llamado de atención. **Contestó:** no se, porque yo soy más del área asistencial más que todo y además que ellos eran mis superiores no podía saber tanto de esa parte. **Preguntado:** usted manifestó ahorita que ella tenía un jefe, sabe usted si el jefe le impartía ordenes o directrices de cómo debía hacer su trabajo, o ella lo hacía a su

manera como ella consideraba que debía hacerse. **Contestó:** no, tenía que hacerse por órdenes de un superior. **Preguntado:** y como sabe usted que ordenes le daban como se las daban. **Contestó:** porque a veces cuando pasaban rondas iba con su superior y ella pues le hablaba le decía unas cosas. **Preguntado:** no cree que de pronto la supervisora de ella le estaba supervisando su trabajo. **Contestó:** yo sé que pasaban rondas con la superior a veces. **Preguntado:** yo le pregunto algo, cuando a usted realizaba su trabajo usted la tenía a ella al lado diciéndole bueno ahora póngale la inyección ya terminó, de le la pastilla al que sigue a este póngamele un suero, o ya usted sabía que tenía que hacer y usted iba a cada una de las camas e iba haciendo lo que le correspondía, así será también que ella tenía el supervisor que le decía a ella, dígame esto a esta dígame aquello a esta dígame que ponga aquello **Contestó:** para las reuniones no más esa parte no tengo claridad. **Preguntado:** por eso ella tenía un superior, pero a usted le consta que ordenes le daba a ella de que debía hacer como debía hacer su trabajo. **Contestó:** no, porque no estaba en la oficina.

Testimonio de la señora Diana Catherine Martínez Reyes:

Preguntado: en el caso que la señora Stefanny tuviera que ausentarse por x o y motivo podía decirle a cualquier persona me hace el favor y me reemplaza. **Contestó:** no, no señora se hacía un control de cambio de turno, se tenía una hojita de cambio de turno, donde se escribía la persona que lo iba a reemplazar a uno. **Preguntado:** la señora Stefanny tenía que recibir órdenes de otra persona para poder cumplir sus funciones. **Contestó:** si señora, ella recibía órdenes de la jefe Carmen ella era la jefe superior que tenía su discapacidad, pero ella estaba de planta y ella era la que le daba órdenes a la jefe Stefanny. **Preguntado:** usted sabe cuál es el apellido de esa jefe Carmen. **Contestó:** no la verdad no recuerdo, la jefe Carmen tenía una discapacidad andaba con bastón todo el tiempo, pero no me acuerdo el apellido. **Preguntado:** sabe usted o le consta que la demandante debía cumplir un horario de trabajo y si este tenía alguna forma para controlarse. **Contestó:** la Jefe Steffany estaba de 7 a 7 pues yo como como rotaba todos los turnos estaba, mi turno inicial era de 7 am a 1 de la tarde y uno también hacia turnos de 1 de la tarde a 7 de la noche y yo la veía de 7 a 7 porque ella era la que tenía el control. **Preguntado:** dijo que para ausentarse la señora Stefanny tenía que coordinar una persona para su cambio, conoce usted cual era el procedimiento que tenía que hacer la doctora Stefanny para ausentarse de algún turno. **Contestó:** sí señor, había una hojita que decía que turno se iba a cambiar y el nombre de la persona que yo cambiaba y que me iba a reemplazar el día del turno y pues en ese caso había varias jefes, también coordinadoras de varios turnos estaba la jefe Luz Marina si no estoy mal y entre ellas cambiaban el turno. **Preguntado:** quien decidía el reemplazo para tomar el turno. **Contestó:** en ese entonces la jefe más superior era la jefe Carmen y pues el subdirector, los subdirectores hubo uno en ese tiempo que se llamaba Dr. Arredondo, el Dr. Fajardo y no recuerdo más. **Preguntado:** si la señora Stefanny decidía cambiar el turno con otra persona, quien decidía que persona reemplazaba a la señora Stefanny a la enfermera Stefanny. **Contestó:** uno decidía si de pronto alguien estaba en la oportunidad de suplantarla, pero siempre siempre con un aprobado de un superior siempre, o sea uno no podía decidir si aprobarlo de inmediato. **Preguntado:** como le consta que recibía órdenes. **Contestó:** porque uno se daba cuenta que ella era la superior, inclusive ella en urgencias bajaba y le daba observaciones a la jefe Stefanny. **Preguntado:** usted cree que observaciones es lo mismo que órdenes. **Contestó:** yo vi, yo vi cuando la jefe Carmen le decía esto se hace así ..., ella si le decía usted tiene que hacer esto, esas barandas están mal, tiene que diligenciar las planillas están mal hechas, ella era la que le decía. **Preguntado:** podría entonces interpretar que ese tipo de órdenes era para la efectiva y correcta prestación del servicio de la señora Stefanny. **Contestó:** yo vi como la jefe Carmen le exigía y le decía como hacer, como actuar. **Preguntado:**

usted afirmó que la jefe Stefanny cumplía horario para cumplir su actividad, le preguntó ¿cómo le consta a usted que la profesional Stefanny cumplía un horario? **Contestó:** ... la jefe Stefanny tenía una oficina, tenían un cuadro de ellas que tenían un turno específico. **Preguntado:** por eso pero el cumplimiento de un turno específico no es cumplimiento de horario, la pregunta es usted ha afirmado que ella cumplía un horario como le consta que la Dra. Stefanny cumplía un horario. **Contestó:** porque a uno le tocaba ir a la oficina de ella y ellos también manejaban un cuadro de turnos. **Preguntado:** usted vio que la jefe Carmen, con todo y el bastón que usted manifiesta que ella tiene andaba tras de ella diciéndole a esta persona me le pone la inyección en esta nalga no en esta, a esta persona me le pone el suero aquí en la mano no en la vena, a esta persona usted le va a dar esta pastilla no me le va a dar esta, esas son órdenes usted vio que la jefe Carmen le decía a la señora Stefanny eso de esa manera. **Contestó:** no, no señora. **Preguntado:** entonces como manifestó usted ahorita que ella si le daba órdenes a la señora Stefanny, como le consta a usted que órdenes le daba y que tipo de órdenes. **Contestó:** pues es que uno cuando estaba en urgencias, ella le decía Stefanny ya hizo los listados de turno, Stefanny ya entregó, fulanito por qué no vino, pero es algo que uno tiene que cumplir. **Preguntado:** ¿usted manifestó ahorita que para poder ausentarse del cargo ustedes llenaban un formulario anotando que día se iban ausentar y la persona que los iba a reemplazar esa persona era escogida por ustedes mismos o el jefe les decía llena el formulario y yo coloco a la persona que yo quiera, como funcionaba eso? por favor explíqueme. **Contestó:** no uno escogía el turno y miraba quien de pronto podía hacerle el turno y la jefe autorizaba si sí o no el turno, si uno tenía una cita médica o algo uno cambiaba el turno, pero pues ella tenía que firmarlo pues para no dejar el turno algo legal de pronto que no quedara el hueco”.

Del interrogatorio de parte formulado a la señora Stefanny Ayala Acuña se extrae:

Preguntado: mientras presto sus servicios a la Subred y/o Hospital Meissen prestó sus servicios a otras entidades o prestadoras de salud. **Contestó:** sí, señor. **Preguntado:** en cuentas entidades prestó servicios diferentes a la Subred en los tiempos que prestó servicios a la Subred. **Contestó:** dos. **Preguntado:** podría indicar al despacho cuáles son esas dos entidades. **Contestó:** SaludCoop y Sanitas. **Preguntado:** que actividades prestaba en la entidad SaludCoop. **Contestó:** como enfermera profesional. **Preguntado:** que actividades prestaba en sanitas. **Contestó:** como enfermera profesional. **Preguntado:** en qué año ingresó usted al hospital de Meissen. **Contestó:** en el 2006. **Preguntado:** y hasta que año estuvo. **Contestó:** 2016. **Preguntado:** en qué año prestó la coordinación y en qué año prestó la asistencial, o sea cuando inició en que labor inició, mas bien. **Contestó:** inicie en el 2006 en la parte asistencial haciendo las actividades asistenciales hasta el 2010. **Preguntado:** que horario manejaba usted en la subred. **Contestó:** en la parte asistencial estaba en el turno de la tarde de 1 de la tarde a 7 de la noche. **Preguntado:** todos los días. **Contestó:** si señora, incluyendo todos los fines de semana que se hacían completos lo que quiere decir de 7 de la mañana a 7 de la noche. **Preguntado:** y en la coordinación de enfermería que horario tenía. **Contestó:** y en la coordinación de enfermería era de lunes a sábado de 7 de la mañana a 7 de la noche. **Preguntado:** cuénteme una cosa en que tiempo trabajó usted con SaludCoop en que año y que periodo. **Contestó:** en el 2009, trabajé en SaludCoop, no recuerdo la fecha, pero solo fue en el 2009. **Preguntó:** y que horario tenía con SaludCoop. **Contestó:** en la noche, de 7 de la noche a 7 de la mañana. **Preguntado:** que horario tenía en Sanitas. **Contestó:** también en la noche, fue en el 2008 de 7 de la noche a 7 de la mañana. **Preguntado:** cuales fueron las funciones para las cuales usted fue contratada o sea en el primer periodo que usted me dijo en el 2006 al 2010 cuales eran sus funciones. **Contestó:** bueno eran funciones asistenciales que era el recibo y la entrega de turno estar a cargo del personal

del equipo de trabajo, cuidado del paciente, administración de medicamentos, toma de muestras, revisión de historia clínica y demás actividades propias asistenciales. **Preguntado:** y como coordinadora. **Contestó:** como coordinadora dentro de las actividades que tenía era pues supervisión de todo el personal de enfermería, profesional, auxiliares, camillero, contratación de personal revisión y supervisión de los contratos, también la autorización de los pagos mensuales, la realización de los turnos, aprobación de los cambios de turnos y distribución de personas también tenía a cargo lo que era los inventarios del servicio de urgencias. **Preguntado:** quien le supervisaba a usted su contrato. **Contestado:** el subdirector médico. **Preguntado:** como supervisaba el ese contrato suyo. **Contestó:** pues el contrato salía directamente con la firma del subdirector. **Preguntado:** no, yo me refiero a quien le supervisaba la labor que usted hacía. **Contestó:** se pasaban revistas y obviamente se pasaban informes, como parte también del trabajo de la coordinación se pasaban informes de todos los indicadores que se manejaban en el servicio. **Preguntado:** a quien le rendía usted ese informe. **Contestó:** al subdirector médico de ese momento. **Preguntado:** quien era su jefe. **Contestó:** tuve varios empecé con apenas me nombraron en el 2010 pase a la coordinación estaba el doctor Fajardo, luego estuvo el doctor Becerra, el doctor Arredondo y finalmente cuando ya en el 2016 fue el doctor Romero. **Preguntado:** y como ellos le supervisaban su trabajo, o sea ellos iban con usted a cada uno de los lugares donde usted iba mirando lo que hacía, como hacia el trabajo, como era la supervisión del trabajo. **Contestó:** cada mes se hacía el rendimiento de unos informes, esos informes incluían todos los indicadores, que se manejan en el servicio de urgencias y eventualmente se hacían revistas por el servicio, es lo que usted dice el acompañamiento no solo por el subdirector y otras personas administrativas también de la institución. **Preguntado:** y como le daban ellos a usted las órdenes, usted recibía órdenes de ellos, de su jefe. **Contestó:** si, señora. **Preguntado:** como le daban esas órdenes, que le decían ellos. **Contestó:** Bueno había unas órdenes que eran verbales y otras órdenes que eran por escrito, por correo por medio de correo y había una observación específica adicional de las que ella debía hacer normalmente de rutina. **Preguntado:** y las órdenes verbales como eran. **Contestado:** No, pues lo llamaban uno a la oficina y entonces decían necesito tal actividad, que se realice tal función o tal actividad puntual y ya. **Preguntado:** esas actividades que él le decía que necesitaba que las hiciera, no estaba dentro del objeto contractual suyo, o sea eran cosas diferentes para las cuales la contrataron a usted. **Contestó:** no, no eran cosas diferentes. **Preguntado:** ellos le decían vamos a hacer esto de acuerdo con su labor como enfermera jefa o como coordinadora, ahora vamos a organizar el trabajo de esta manera esto, o ellos asistían con usted para que usted hiciera las cosas como eran, o sea tenía unas órdenes específicas que usted debía cumplir. **Contestó:** Si señora no se salía del contrato, pues así más o menos hoy tenemos unas reuniones extraordinarias entonces necesito que presenten tal cosa, pues si digamos que eran actividades que eran rutinarias, ... eran dentro de las actividades del contrato. **Preguntado:** cuando usted se iba a ausentar del trabajo que tenía que hacer. **Contestó:** tenía que pedir permiso con anticipación en un formato que había pues para cambio de turno en el caso asistencial y en el caso de coordinadores... solicitar permiso con anterioridad. **Preguntado:** quien la reemplazaba a usted cuando usted no iba. **Contestó:** la coordinación nadie, por eso tenía que pedir permiso con anterioridad. **Preguntado:** o sea que el día que usted no iba no había quien coordinara a los subalternos suyos. **Contestó:** si, señora. **Preguntado:** quien le daba los permisos a usted. **Contestó:** la Coordinadora general de enfermería, avalado por el subdirector médico." **Preguntado:** en el hospital de Meissen habían personas que tenían las mismas funciones que usted y que eran de planta. **Contestó:** si señora. **Preguntado:** cuantas personas habían en la misma situación suya y que eran de planta. **Contestó:** dos.

Se debe tener en cuenta que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte

demandante, ya que es deber de las partes probar los supuestos de hechos y de derecho, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar los elementos de la relación laboral dentro de la actividad desplegada, especialmente el de **subordinación**, elemento que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

De los testimonios e interrogatorio de parte se pudo establecer que:

1. Del testimonio de la señora Karim Zulima Lancheros, se observa que a minuto 19:51 del audio de la audiencia de pruebas, manifestó que conoció a la demandante en el 2010 cuando era su coordinadora en el área de urgencias; a minuto 23:09 indicó al Despacho que las ordenes que recibía la actora eran también de enfermeras jefe del Hospital Meissen, cargo que la actora ostentaba.

Agregó que con la señora Stefanny Ayala se tropezaba en los turnos del día, teniendo en cuenta que la misma, era la coordinadora de todo el personal, por lo tanto estaba al mando y atenta a las labores que realizaban las auxiliares de enfermería; no obstante, aseguró que no podía dar fe del cumplimiento de un horario por parte de la actora todo el tiempo, debido a que solo la veía cuando coincidían en sus turnos, en los demás turnos no tiene conocimiento teniendo en cuenta que los turnos de la actora eran en su mayoría de noche.

Con respecto a sí la demandante recibía órdenes por parte de sus superiores, la testigo Lancheros no tuvo claridad en cómo le eran impartidas las mismas a la actora, minuto 38:51; es decir, si la jefe de esta la supervisaba, impartía directrices o le daba órdenes.

2.- Del Testimonio de la señora Diana Martínez a minuto 49:07 se pudo establecer que la demandante era la que coordinaba todo lo de los turnos, los insumos y las actividades de urgencias, además agregó que la actora recibía observaciones su jefe, (minuto 59:47) que se llamaba la jefe Carmen y que ella veía como la superior le decía a la actora como debía hacer ciertas cosas, lo cual no concuerda con el dicho de la actora teniendo en cuenta que esta manifestó que tuvo varios jefes que fueron el doctor Fajardo, el doctor Becerra, el doctor Arredondo y finalmente el doctor Romero, empero en ningún momento de su interrogatorio manifestó que su jefe era un par suyo llamada la jefe Carmen, amén de lo anterior la demandante anotó que quien le supervisaba el contrato era el coordinador científico, por lo tanto para el despacho en este aspecto no existe coincidencia.

Respecto del cumplimiento de horario de la demandante le consta que lo cumplía porque veía un cuadro de turnos donde estaban establecidos los mismos, (minuto 1:02:25), además la testigo aseguró trabajar todo el tiempo incluyendo horas extras, razón por la cual siempre se topó con la señora Ayala.

Igualmente, la testigo no supo establecer como le eran dadas las ordenes a la actora, es decir, si se traba de observaciones y/o directrices para la adecuada prestación del servicio en salud, (minuto 1:12:27). Y al minuto (1:14:22) luego de que el Despacho le preguntara si a la demandante le supervisaban sus actividades tampoco supo describirlo.

De los testimonios recepcionados en la audiencia de pruebas, se pudo establecer que las testigos que comparecieron en la diligencia eran subalternas de la demandante, es decir, que estaban bajo la orden y dirección de la accionante, por lo tanto compartieron con la actora en el desarrollo de las actividades dentro del Hospital Meissen.

No obstante, si bien dentro de los respectivos testimonios no se tuvo claridad del elemento de la *subordinación*, no es menos cierto, que las pruebas se deben valorar en su conjunto, es decir, tanto las testimoniales e interrogatorio, como las documentales que fueron aportadas por cada uno de los extremos litis de esta contienda, por lo que el Despacho se permite indicar:

1. De las planillas de programación de actividades de enfermería se pudo establecer que la señora Stefanny Ayala Acuña, para el año **2007**, se encontraba en el *área de urgencias y urgencias adultos, observación y observación adultos*, cumpliendo un horario, por cuanto laboró en turnos de la mañana, turnos de la tarde y turnos completos, además se constató que las actividades las desempeñó durante todo los meses, tal como se extrae de las citadas planillas, pues se evidencia que cumplió con su horario laboral todos los días del mes.

Igualmente se corroboró con las planillas para el año **2008**, en donde se pudo establecer que la actora se encontraba en el área de *urgencias y de observación*, cumpliendo su horario laboral en diferentes jornadas, ya fuera de mañana o de tarde.

Acota esta Judicatura que ya para el año **2010**, la actora desempeñó sus labores en el área de *coordinación y supervisión*, como en el *área de acreditación y auditorías internas* y de *apoyo- supervisión*, donde igualmente se corroboró el cumplimiento de un horario el cual fue atendido a cabalidad por la actora en jornadas de la mañana, tarde y turno completo.

Lo anterior, para señalar que la actora cumplía con un horario laboral dentro del Hospital Meissen el cual fue desarrollado por la misma en las distintas áreas de enfermería como lo fue urgencias, observación, triage y coordinación; dentro de los cuales supervisaba las labores de todas las auxiliares de enfermería que estuvieran bajo su mando, como era el caso de las testigos quienes recibían ordenes de la señora Stefanny Ayala Acuña.

2. De igual forma, también se pudo constatar que dentro de la **planta** de personal del Hospital Meissen habían enfermeros, enfermeras profesionales, enfermeros del área de urgencias y del área de maternidad, quienes realizaban las mismas funciones descritas en los sendos contratos celebrados por la actora con la entidad demandada prestadora de salud, para mayor claridad el Despacho se permite ilustrar lo siguiente:

De las funciones establecidas en los contratos de la demandante: Ej. contrato No. 4-228 de 2006.
<i>1. Coordinar y asegurar con el personal del servicio la pronta ubicación y atención del paciente según clasificación triage cumpliendo con lo dispuesto en los protocolos respectivos. 2. Identificar pacientes con riesgo de lesión y orientar medidas preventivas. 3. Colaborar con la enfermera jefe del comité de infecciones para la realización de rondas epidemiológicas y la implementación de medidas correctivas, 4. Liderar el recibo y entrega de pacientes y actividades según normas de la Institución, 5. Supervisar la funcionalidad de elementos y equipos que requiere el paciente. 6. Coordinar el plan de atención de pacientes con otras disciplinas, como trabajo social terapias, etc. 7. Colaborar con el médico en los procedimientos especiales”.</i>

Enfermera Urgencias (Manual de Funciones)	Enfermera profesional (Manual de funciones)
<i>1.Indentificar, controlar y ejecutar cuidados de enfermería ante pacientes con signos y síntomas, emergencia quirúrgica y politrauma, 2.interpretar y participar en la valoración y ejecutar acciones según el caso, en correspondencia con los resultados de las investigaciones clínicas de laboratorio.</i>	<i>1. Coordinar las actividades de enfermería con las demás dependencias buscando la integración con el resto del equipo de salud, optimizando la salud del paciente, 2.realizar el proceso de atención a enfermería como método científico de la profesión, 3. Registrar en la historia clínica toda la información disponible de los problemas identificados en individuos, 4.familia y comunidad, 5.realizar la recepción del paciente revisando la historia clínica”.</i>

Enfermera sala de cirugías, recuperación y sala de partos (Manuel de Funciones)	Coordinador de enfermería (Manual de Funciones)
---	---

1. Establecer medidas de control de infecciones para casos de cirugía infectada o contaminada, 2. Evaluar programa de cirugías, reportar número y tipo de cirugías diarias, y mensualmente a la subdirección de servicios quirúrgicos, 3. Planear, coordinar, dirigir y supervisar, evaluar las normas relacionadas con la prevención y control de infecciones nosocomiales.	<i>1.programar y hacer seguimiento a las actividades del personal de enfermería en servicios de urgencias, consulta externa, promoción, prevención, hospitalización general unidades de recién nacidos o intermedios adultos, urgencias pediátricas, y PAB dentro de los parámetros establecidos</i>
--	--

Una vez constatadas cada una de las funciones para el personal de planta, es decir, para el caso de enfermera de urgencias, coordinadora de enfermería, enfermera profesional y enfermera en el área de maternidad, al ser cotejadas con las actividades que realizó la actora durante los años que reclama, se pueden observar las similitudes de las mismas, pues todas iban en encaminadas a la adecuada atención del paciente en cada una de las áreas, atenderlos de acuerdo a lo planteado en las historias clínicas, entre otras actividades, que dan claridad de que las funciones realizadas por la señora Stefanny Ayala como enfermera jefe del Hospital Meissen son las mismas que un empleado de planta. Como se pudo verificar, la demandante más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometida a cumplir las funciones descritas en los contratos suscritos con el Hospital Meissen.

Además, cotejando los testimonios y el interrogatorio de parte recepcionados el día de la diligencia, se desprende que, si bien, las mismas no describieron de maneras exacta las funciones como están establecidas en los diferentes contratos, todas fueron claras en señalar que la demandante realizaba labores en pro de los pacientes, manteniendo su cuidado y en atención a lo dispuesto en las historias clínicas de cada uno de ellos.

Tal como se pudo verificar de los contratos suscritos por la demandante y que obran en el expediente digital, que fue aportado por la entidad demandada y que no fueron objetados por las partes, para ello era indispensable que la demandante acatara los horarios asignados por el Hospital Meissen, así como estar disponible cuando las funciones propias del servicio lo requirieran y en efecto, está plenamente probado con las planillas de actividades que obran en el expediente.

Así mismo, quedó demostrado que la entidad contrataba a la señora Stefanny Ayala Acuña, 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 Meissen, existían empleados de planta que **ejercían las mismas funciones que la demandante**, tal como quedo descrito en el cuadro comparativo por tanto, la demandante en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que una *jefe de enfermería* de planta de la entidad cumpliendo de forma permanente y personal las actividades en el servicio de salud, para las cuales por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, menos aún si se tiene en cuenta que la vinculación del demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma perduró durante más de 10 años, desde el 2006 al 2018, tal como quedó probado con los contratos celebrados entre la actora y la entidad demandada.

Entonces, el Hospital Meissen (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 *jefes de enfermería*, cargos que en efecto están creados en la planta de personal de la entidad y que también desempeñaba la demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que la 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

Para esta Judicatura es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de enfermería de la señora Stefanny Ayala Acuña le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios como *enfermera jefe / o coordinadora*, no eran

propios de un contrato de suministro de servicios sino de una relación laboral entre las partes.

Además, es importante traer a colación, lo señalado por nuestro Tribunal de cierre en lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 7 de marzo de 2019, radicado 2014-00876/2736-2016, M.P Gabriel Valbuena Hernández, que respecto de las enfermeras Jefe señaló: *“La labor de enfermera jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas”*.

La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación 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.

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).

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad del oficio n° **OJU-E-2766-2018 Radicado No. 201803510216221**, 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 **07 de febrero de 2006** hasta el **31 de agosto de 2016**, salvo sus interrupciones y la respectiva prescripción como se estudiará más adelante.

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 prestaciones³³, 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 Unificación³⁴ citada, estableció de manera específica la regla jurisprudencial respecto a la cual, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y en consecuencia exija el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de (3) tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Según lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del **07 de febrero de 2006** con el contrato no. 4-228 y mantuvo su vínculo con el Hospital con sendos contratos de prestación de servicios³⁵ que se renovaron hasta el **31 de agosto de 2016**, por lo tanto, de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe verificar el vínculo y analizar si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que la señora Steffany Ayala Acuña presentó reclamación ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – Hospital Meissen, el **7 de septiembre de 2018**.

En atención a que la vinculación de la actora fue discontinua, ya que existió una interrupción entre uno y otro contrato³⁶, las prestaciones sociales a las que tiene derecho son las derivadas del contrato **no. 4-244** en adelante, en consideración a que se observa que entre el contrato 4-350 y el 4-244 transcurrieron más de 6 meses sin que la actora realizara la respectiva reclamación por lo tanto se considera que respecto de las prestaciones derivadas de los contratos **4-248 al 4-350** se encuentran prescritas. En virtud de ello, se declarará parcialmente probada la excepción denominada “**PRESCRIPCIÓN**”, formulada por la apoderada de la entidad demandada.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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.

³⁶ Entre la finalización del contrato 4-350 y el inicio del contrato 4.244 transcurrieron mas de 15 días ver folio 86

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 referenciada³⁷:

“(…) 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, la señora Stefanny Ayala Acuña, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por una enfermera Jefe de planta de la entidad únicamente por el periodo comprendido entre el **03 de mayo de 2010** hasta el **31 de agosto de 2016** fecha en que terminó el último contrato³⁸, dada la prescripción a la que se hizo referencia, esto es, por no reclamar los periodos dentro del término legal.

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 **07 de febrero de 2006** hasta el **31 de agosto de 2016** (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, fl. 86 y 87), 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 **07 de febrero de 2006** hasta el **31 de agosto de 2016**, 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.

³⁷ 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.

³⁸ fl. 86-87

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 **enfermera jefe**, 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 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 Estado³⁹.

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 Estado⁴⁰: *“(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 a la señora Steffanny Ayala Acuña las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo cargo que desempeñó la demandante), en proporción al período trabajado en virtud del contrato de prestación de servicios No 4-244 desde 3 de mayo de 2010, por cuanto operó la prescripción trienal respecto de los derechos laborales reclamados frente a los demás contratos y con anterioridad a esta misma fecha.

³⁹ 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.

⁴⁰ Ibidem.

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

En consecuencia, la entidad demandada deberá tomar, durante el tiempo comprendido entre el **07 de febrero de 2006** hasta el **31 de agosto de 2016**, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante como ya se indicó, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las 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 enfermera jefe bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E – Hospital Meissen desde el **07 de febrero de 2006** hasta el **31 de agosto de 2016**, salvo sus interrupciones, se debe computar para **efectos pensionales. (Solo 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 Blanco⁴¹ 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, **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, 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 la demandante.

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 la señora **STEFANNY AYALA ACUÑA**, identificada con cédula de ciudadanía no. 52.838.160 y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (antiguo Hospital Meissen se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el 7 de febrero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016 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 OJU-E-2766-2018 del 20 de septiembre de 2018, por medio del cual la SUBRED

⁴¹ 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 la señora Stefanny Ayala Acuña 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 a la señora **STEFANNY AYALA ACUÑA** identificada con cédula de ciudadanía no. 52.838.160, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de **ENFERMERA JEFE** de la planta de personal de la entidad en el periodo comprendido entre el **3 de mayo de 2010** hasta el **31 de agosto de 2016**, 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 a la señora **STEFANNY AYALA ACUÑA**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el 07 de febrero de 2006 hasta el 31 de agosto de 2016, 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 la señora Steffany Ayala Acuña, anteriores al 3 de mayo de 2010, 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: Se **REQUIERE** a la entidad condenada que una vez se encuentre en firme esta providencia al momento de cumplir la sentencia y hacer el respectivo pago se le

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

DÉCIMO: 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.

UNDÉCIMO: 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.

DUODECIMO: 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

JUZGADO DIECISÉIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ SECCIÓN SEGUNDA Por anotación en ESTADO ELECTRÓNICO (Art. 201, Ley 1437 de 2011) se notificó a las partes la providencia anterior, hoy 30 de octubre de 2020 a las 8:00 a.m. Y se envió mensaje de texto de la notificación por ESTADO O ELECTRÓNICO de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011. Secretaria

Firmado Por:

MARIA CECILIA PIZARRO TOLEDO
JUEZ

**JUEZ - JUZGADO 016 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA,
D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

**8427f5eff5be539ofec4945e93c4708f6d1823733f6b17d72bb0106978fee11
9**

Documento generado en 30/10/2020 12:27:06 p.m.

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