



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^o

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, cinco (5) de febrero de 2021

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0370-00
Demandante:	JULIETA RODRÍGUEZ GUTIERREZ
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

Tema: *Contrato Realidad - Fisioterapeuta*

1. ASUNTO POR DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179 y 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el inciso primero del artículo 13 del Decreto 806 de fecha 4 de junio de 2020¹ y conforme la siguiente motivación.

2. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones: Julieta Rodríguez Gutiérrez, 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 solicita del despacho si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo OJU-E-1739-2018

¹ Artículo 13. Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo. El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas. caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito.

Rad. 201803510141861 de 27 de junio de 2018 por medio del cual se negó a la demandante el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas de su vinculación con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicitó que se declare que entre la entidad demandada y la parte actora existió un vínculo laboral desde el 1 de abril de 2013 hasta el 1 de noviembre de 2017 desarrollando las funciones que corresponden al cargo de Fisioterapeuta de la planta orgánica de personal del Hospital Tunal III Nivel E.S.E.

También, que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la entidad demandada a la liquidación y pago a favor de la demandante de las Cesantías, Intereses a las cesantías, primas de servicios, bonificación por servicios prestados, primas de navidad, primas de antigüedad, quinquenios, primas de vacaciones y su compensación en dinero, subsidios de alimentación y de transporte, así como la restitución de los valores pagados al Sistema de seguridad social y la suma de 50 salarios mínimos por concepto de daños morales, junto con los respectivos ajustes de valor.

2.2. Hechos relevantes. como bien quedó señalado en el transcurso del proceso, los hechos son los siguientes:

2.2.1 se plantea que la señora Rodríguez laboró al servicio del Hospital el Tunal III Nivel en el cargo de Fisioterapeuta desde el 1 de marzo de 2013 hasta el 1 de noviembre de 2017, siendo vinculada a la entidad a través de sucesivos contratos de prestación de servicios.

2.2.2 Señaló la demandante que tanto el cargo, como las labores desempeñadas tuvieron vocación de permanencia y estuvieron encaminadas al desarrollo del objeto misional de la entidad.

2.2.3 Igualmente, expresó que todo el tiempo laboró en las instalaciones del centro médico con subordinación y dependencia ya que cumplía horarios y recibía órdenes e instrucciones de las directivas de la Institución de Salud en las mismas condiciones de los empleados de planta de la Institución. Así como se le descontaba de su pago sumas por concepto de impuestos de retención en la fuente e I.C.A., y que a su vez la entidad omitía el pago de prestaciones sociales escudándose en la forma de vinculación, la cual insiste es una fachada para ocultar una verdadera relación laboral.

2.2.4 Adujo que, en virtud de la Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de Contrato Realidad, en su sentir se cumplen los presupuestos para que se declare que en el presente caso se estructuró una verdadera relación laboral permanente, la cual fue disfrazada con sucesivos contratos de prestación de servicios.

2.2.5. Alegó que durante todo el tiempo de su vinculación laboral, cumplió horario en condiciones de igualdad de turnos y circunstancias a los demás empleados del nivel de

enfermería en el área asistencial, laborando horas nocturnas y días festivos que no le fueron reconocidos ni pagados con el correspondiente recargo por la entidad.

2.2.6 pone de presente la extensión de dichos turnos, cuyo control era llevado por la entidad a través de planillas o cuadros de turnos mediante formatos documentales denominados como cronograma de actividades.

2.2.7 A la presentación de la demanda, la entidad no ha realizado el pago de los emolumentos solicitados.

2.3 Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución: 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1.

También considera infringidos la Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, 3135 de 1968, 1042 de 1968, 1045 de 1978, 2400 de 1979, 1335 de 1990, los artículos 3 de la ley 80 de 1993, 23, 24 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ley 4 de 1993, el 15, 17, 18, 20, 23 128, 157161 y 264 de la ley 100 de 1993, el 2 de la ley 245 de 1995, la ley 10 de 1990, ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945, el decreto 2400 de 1968 y 1950 de 1973.

Adicionalmente señala en este acápite varios pronunciamientos de orden jurisprudencial proferidos por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en los cuales se evidencian los elementos que deben llegar a probarse en aras de demostrar la relación de trabajo, desvirtuando el contrato de prestación de servicios, así como una sentencia de Unificación del Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016.

Como concepto de la violación, afirmó que a través de los actos acusados, la entidad desconoce la naturaleza de la vinculación de la demandante, amparándose en la figura de la Prestación de Servicios la cual considera que es inaplicable para este caso, por cuanto si bien la misma legislación faculta a las entidades a hacer uso de los contratos de prestación de servicios bajo el amparo de la ley 80 de 1993, en ningún momento la normatividad autoriza que las actividades a realizar por medio de dichos contratos sean aquellas que desempeñan los funcionarios de la planta de personal de la entidad.

Por otra parte, señala que la normatividad disciplinaria proscribe la celebración de contratos de prestación de servicios para el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que dediquen subordinación y tiempo completo.

Esto último para reforzar su afirmación según la cual la entidad acudió a esta forma de vinculación para evadir las cargas laborales que la legislación impone al empleador en la relación laboral y que según el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debe declararse que la relación entre la demandante y la entidad es de tipo laboral, situación esta, que hace acreedora a la demandante del pago de todos los emolumentos dejados percibir, adicionales a una indemnización por los daños causados.

Para sustentar lo anterior cita nuevamente varias sentencias y Jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.4. Actuación procesal. La demanda se presentó el 14 de septiembre de 2018 y por medio de auto de 18 de octubre de 2018, el Despacho admitió la demanda de la referencia, siendo notificada el 12 de diciembre de 2018, mediante correo electrónico a las partes demandadas, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Posteriormente, la parte demandada contestó la demanda de la referencia a través de memorial de 14 de febrero de 2019, dentro del cual presentó excepciones y solicitó el decreto y práctica de pruebas.

Cumplido lo anterior, se llevó a cabo audiencia inicial el 23 de septiembre de 2020 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 y se decretaron unas documentales, como también unos testimonios e interrogatorio de parte, los cuales se incorporaron en Audiencia de Pruebas de 25 de noviembre de 2020, día en el cual se recibieron los testimonios decretados y se practicó interrogatorio de parte, cerrándose el periodo probatorio y corriendo traslado para alegar de conclusión por auto de 4 de diciembre de 2020.

2.5. Pronunciamiento de la parte demandada. La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, por conducto de apoderada judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de esta, aduciendo que en ningún momento existió relación laboral entre la demandante y la entidad que representa.

También que, durante todo su tiempo de vinculación, la demandante siempre actuó como contratista independiente y que en ese sentido conocía el contenido y alcance de los diferentes contratos celebrados con la entidad, aunado al hecho de que fueron varios, por lo que era consciente del alcance de su vinculación.

Adicionalmente manifiesta que la demandante, al pretender desconocer el contenido y alcance de los contratos celebrados, y consecuencialmente de ello propender por el reconocimiento de una relación laboral, lesionó el principio de buena fe en un acto que califica de temerario y lesivo contra los intereses del Estado, representados en la entidad demandada.

Indica, por consiguiente, que los contratos celebrados por la demandante están libres de vicio alguno y que de acuerdo con eso no es aceptable para la entidad que la señora Rodríguez pretenda el reconocimiento del pago de prestaciones sociales derivados de una relación laboral que nunca existió.

2.6. Alegatos de conclusión.

Luego de celebrada la audiencia de pruebas, por auto de 4 de diciembre de 2020 este despacho dispuso, tal como se ordenó en la citada audiencia, correr traslado para que

las partes presentaran alegatos de conclusión por escrito por el término común de 10 días.

2.6.1 Alegatos de la parte demandante.

2.6.2 Alegatos de la parte demandada. La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, por medio de su representante judicial presentó alegatos de conclusión indicando en primer lugar que las pretensiones de la demandada no están llamadas a prosperar, ya que a su juicio en el transcurso de la actuación procesal no demostró que en realidad hubiese trabajado para la entidad demandada.

Posteriormente se resaltan algunos aspectos a nivel presupuestal y de los servicios de salud que presta la entidad, como también a nivel de funcionamiento y población usuaria de la Subred. Con base en lo anterior expone una serie de razones por las cuales considera justificado por parte de la entidad acudir a la figura de contratación de personal por prestación de servicios profesionales.

En primer lugar, indica que el presupuesto asignado a la entidad es insuficiente para la creación de empleos en la planta de personal, por lo que en su opinión,

“Si los Despachos Judiciales insisten en condenar a la Subred a que los auxiliares de enfermería, los médicos, especialistas y subespecialistas sólo puedan prestarle servicios en calidad de servidores públicos, lo que ocurriría es que la Administración de la Entidad se vería obligada a cerrar las sedes en las que presta servicios a la población de las Localidades de Usme, Tunjuelito, Nazareth y Ciudad Bolívar.”

Así, mientras se surte la asignación del capital necesario para cubrir las contingencias señaladas, y la Comisión Nacional del Servicio Civil organiza los concursos de mérito para proveer los nuevos cargos públicos, la entidad se ve necesariamente forzada a contratar su personal de la manera que reprocha la demandante.

Respecto a los contratos firmados por la demandante con la entidad, señala su representante judicial que los mismos se perfeccionaron y ejecutaron a partir de la buena fe de las partes, así como del pleno conocimiento y voluntad de obligarse en cada una de las cláusulas firmadas. Adicionalmente indica que el periodo de ejecución de estos no fue continuo, evidenciándose interrupciones entre ellos, lo que indica que no se ha cumplido el mentado requisito.

Dentro del escrito de alegaciones la entidad también indica que a la demandante no se le exigía exclusividad, como también se refiere a aspectos relacionados al horario de trabajo de la demandante, sobre las ausencias y permisos y la independencia de los contratistas.

Por otra parte, también realiza pronunciamiento frente a las pruebas, reiterando frente a la prueba testimonial rendida dentro del proceso, la tacha solicitada por la imparcialidad de los testigos e indicando con base en el testimonio de uno de los citados, que la presente demanda se formuló como represalia a la entidad.

Luego de ello sostuvo con base en jurisprudencia, que no se cumplen los presupuestos para la configuración del contrato realidad entre las partes, para con ello concluir que en suma, debe ser absuelta la entidad de las pretensiones de condena de la demandante.

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 OJU-E-1739-2018 Rad. 201803510141861 de 27 de junio de 2018 por medio del cual se negó a la demandante el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas de su vinculación con la entidad entre el 1 de abril de 2013 y el 1 de noviembre de 2017.

De la misma manera, se debe establecer si existió una relación laboral entre la demandante en calidad de empleada pública con el Hospital Tunal III Nivel E.S.E. en el cargo de Fisioterapeuta durante el periodo señalado y como consecuencia de lo anterior, si se debe condenar a la entidad demandada al pago de la totalidad de los factores del salario devengados por esta y causados por el periodo arriba señalado.

También, se debe determinar si se condena a la entidad a pagar a favor de la demandante las Cesantías, Intereses a las cesantías, primas de servicios, bonificación por servicios prestados, primas de navidad, primas de antigüedad, quinquenios, primas de vacaciones y su compensación en dinero, subsidios de alimentación y de transporte por el lapso señalado.

Igualmente, si se debe condenar a la entidad al pago de las cotizaciones impagadas al Sistema de Seguridad Social en pensiones por el periodo mentado, así como la suma de 50 salarios mínimos por concepto de daños morales, junto con los respectivos ajustes de valor de todas las sumas mencionadas.

Para tal fin, se abordará el siguiente orden conceptual: **(i)** La diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral, **(ii)** antecedente 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 modular 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 de aquellos que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, expresando que sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, precisando que en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

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

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

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

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

Por consiguiente, la vinculación a la administración para el ejercicio de la función pública puede ser de diferentes clases de acuerdo con el ordenamiento jurídico y según las especificidades propias de las circunstancias, las cuales desde el punto de vista ordinario son: legal y reglamentaria (pleado 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 Constitucional² y el H. Consejo de Estado³, 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 realidad⁴

² Sentencia C-154/1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara.

³ Consejo de Estado, secc. 2^a, sub-secc. "B", sentencia del 25 de marzo de 2010. CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Exp. 1131-09.

⁴ 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 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte señaló que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, siempre y cuando la administración no la utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente⁵.

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 Bustamante⁶, 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 subordinación⁷.

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

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

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁶ Radicación número: 18001-23-31-000-1998-00027-01(245-03). Actor: Esther Cruz Olaya. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje - SENA.

⁷ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

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

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados⁸.

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 suscrito⁹.

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende de la actividad probatoria de la parte demandante según el aforismo “*onus probandi incumbit actori*”¹⁰, 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

⁸ 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.

⁹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Radicado No. 3074-2005. C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁰ La carga de la prueba incumbe al actor.

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 extintivo¹¹.

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 años¹².

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 artículo 91 del CPACA, en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los administrados¹³.

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 2016¹⁴, específicamente en lo que atañe a los siguientes aspectos: (i) la prescripción de los derechos laborales reclamados¹⁵ y (ii) el ingreso base que ha de tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones a que haya lugar¹⁶.

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

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 8 de mayo de 2014. Expediente No. 2725-12. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Asunto que no había sido delimitado en un fallo de unificación.

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

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

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

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

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

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

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

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que ataña 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 Quintero¹⁷.

Posteriormente, sobre el tema se dijo lo siguiente¹⁸:

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

En ese orden, ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno. En otra decisión, se estimó que la interrupción presentada no podía ser superior a 15 días¹⁹.

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 esta manera, que las

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia del 23 de junio de 2016. Expediente: 680012333300020130017401 (0881-14). C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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).

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 económicos²⁰”.

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 1993²¹, establece que la dirección general y la obligación de ejercer control y vigilancia de la ejecución del contrato recaerán en las entidades estatales²².

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

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

²¹ Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

²² 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...”

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 2016²³:

"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.

Tal y como lo ha sostenido el Honorable Consejo de Estado²⁴, 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.

²³ Consejo de Estado Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección "B", Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ

²⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de mayo 31 de 2016. Radicado 05001233300020130081301 (36872014)

Adicional a ello, con posterioridad el órgano de cierre de esta Jurisdicción ha sostenido con ocasión de un caso similar a este, que como quiera que en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretenda demostrar la existencia de la relación laboral, y en particular la subordinación y dependencia continuada, se hace necesario que el extremo activo de la litis acredite de manera fehaciente esta situación.²⁵

También, que si en el expediente no se hayan cuadros de turnos, oficios, circulares, memorandos o cualquier otro medio de prueba que permita concluir que la demandante no puede cumplir con el objeto del contrato de forma autónoma, de la prueba testimonial, *per se* no se puede acreditar la subordinación.

3.7. 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 8 de octubre de 2020; Resuelto lo anterior, se analizarán los problemas jurídicos, tal como quedaron establecidos en su respectivo acápite.

3.7.1 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".

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 consonancia 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 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".

²⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 4 de octubre de 2018 C.P. William Hernández Gómez Rad. 23001-23-33-000-2013-00247-01

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 probatoria²⁶". Así mismo, en sentencia de 18 de mayo de 2017²⁷, esta 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*".

Mas recientemente este alto tribunal ha fijado por vía jurisprudencial criterios para la valoración de la prueba testimonial, basándose en cuatro puntos clave: la coherencia del relato, su contextualización, las corroboraciones periféricas y la existencia de detalles oportunistas.²⁸

En efecto, nuestro órgano de cierre en la citada providencia ha recalcado la necesidad de la prueba testimonial no obstante la incursión de nuevos medios de prueba. Sin embargo, también ha indicado que dicho medio probatorio también ofrece algunos peligros para el convencimiento del juzgador habida cuenta de los riesgos de error y falsedad que pueden contener las declaraciones y que son, de cierta forma, difíciles de descubrir.

Es por ello por lo que allí se señala que para morigerar ese riesgo, se deben evaluar tanto las condiciones subjetivas del testigo, como las condiciones objetivas de cada uno de los casos analizados; pues la fuerza probatoria del testimonio radica en su valoración en aras de encontrar fundamentos que fortalezcan el convencimiento del Juez. Estos cuatro puntos clave arriba relacionados constituyen la valoración de las declaraciones a partir de la *psicología del testimonio*²⁹ y su propósito es acercarse a la estimación objetiva de la credibilidad del testigo.

De manera que con ocasión del primer punto, esto es la coherencia del relato, el Tribunal de cierre indica que la coherencia, por sí misma, no significa veracidad del testimonio, pues es natural que en ocasiones los testigos incurran en contradicciones

²⁶ 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.

²⁷ Exp.: 63001233300020130015401(2170-2015) M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez

²⁸ Consejo de Estado, Sentencia de 9 de julio de 2020 C.P William Hernández Gómez Rad. 81001233300020140112001 (2425-2016)

²⁹ Fenoll Nieva, Jordi. "la valoración de la prueba"

propias del fallo de la memoria del sujeto. Por contera, se indica allí que un testimonio demasiado “perfecto” puede ser falso.

Con ocasión del segundo punto de análisis se manifiesta que la contextualización del relato hace referencia a la descripción que hace el testigo de datos del entorno espacial o temporal en que tienen lugar los hechos, de manera que a medida que ello se inserte en el ambiente de los hechos de cuyo conocimiento se tengan por ciertos por parte del juzgador, y además sean declarados de forma espontánea, se tendrán por verosímiles y será difícil que lo dicho falte a la verdad.

Frente al tercer punto, en cuanto los relatos suministrados coincidan sobre un mismo hecho, se acreditará de forma indirecta la veracidad de las declaraciones. En el cuarto y último punto, estos detalles hacen referencia a datos innecesarios que buscan favorecer a una de las posiciones que se debaten dentro del proceso, e incluso al declarante. Estos detalles son suministrados por el declarante cuando pretende ir más allá de lo que se le ha preguntado, y por ende son indicadores de la pérdida de objetividad del testigo, conduciendo con ello eventualmente a la falsedad de sus afirmaciones.

En cuanto a las contradicciones de los testigos, si su dicho no coincide con las circunstancias periféricas probadas, aunque ello no significa per sé una mentira, por la percepción diferente de la realidad para cada individuo, lo fundamental es que las mismas, de hallarse no deben ser esenciales, pues de lo contrario, son suficiente para desacreditar lo dicho.

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 de 25 de noviembre de 2020, haciendo referencia a que el extremo pasivo Litis presentó el mismo fundamento de la tacha para los testimonios de Adriana Milena González Pinzón y Dalila Oneida Murillo González, señalando que a su juicio las testigos poseen experiencia en realizar declaraciones tendientes a beneficiar los intereses de la demandante, como también que se encuentran parcializadas con este mismo propósito. Inclusive, frente al testimonio de la señora González Pinzón en cuanto indicó que era evidente una relación de amistad entre ella y la demandante³⁰.

Dicho lo anterior, se tiene con respecto a cada uno de los fundamentos de la tacha, que en primer lugar este despacho observa que las testigos se hallaban al momento de la declaración en pleno uso de sus facultades mentales, libres de alteración mental o perturbación sicológica perceptible. También que entre ellas y la demandante no se evidenció que sostuvieran relaciones afectivas o comerciales, dadas las pocas referencias suministradas acerca de aspectos que conocieran de la demandante en ese sentido, a pesar de manifestar que para el tiempo de vinculación con la demandante fueron compañeras de trabajo.

³⁰ Audiencia de pruebas. min. 1'01.56 y s.s.

Sin embargo, esta sede judicial encuentra con relación a las respuestas suministradas, que es posible que las testigos hayan recibido preparación previa al interrogatorio, pues llama la atención cómo, en ocasiones, a pesar de no comprender la pregunta formulada, dirigen la respuesta a reafirmar hechos tendientes a desvirtuar la relación contractual de la demandante.

Es así como llama la atención la respuesta revelada por la señora González Pinzón a la pregunta que hiciera el apoderado de la parte actora frente a la exigencia del porte de uniforme por parte de la demandante, pues la testigo indica que: “*no, el hospital pues... no... pues el uniforme no a veces... no, no nos daba uniforme (sic)*” (min.40’56) mientras que la señora Murillo González afirma que respecto al uso de uniforme, la entidad “*nos exigían (su uso) pero no nos lo daban... eh, si, nos dieron fue una bata blanca pero el uso del uniforme obviamente era de uso obligatorio pero no nos lo suministraron*” afirmando después no haber recibido dotación. (min. 1’ 27.58)

Aunado a lo anterior, la conducta de los testigos resulta evasiva frente a preguntas puntuales tendientes a determinar circunstancias de modo, tiempo o lugar del acaecimiento de los mismos hechos narrados por ellas con anterioridad. Se resalta en punto de lo anterior que a pregunta realizada por el apoderado de la parte demandante, acerca de si a la señora Julieta Rodríguez se le suministraban instrumentos para la realización de su labor, la testigo González Pinzón respondió que “*(...) los equipos de terapia, las camillas (sic) todo, todo nos lo daba el hospital.*”

De la misma manera, a la pregunta que se le efectuara acerca de si tenía conocimiento si la demandante pidió algún tipo de permiso para ausentarse del servicio, la misma testigo respondió de manera evasiva que: “*pues pedía permiso cuando tenía reuniones de los niños, o alguna cosa de esas pero (sic) tocaba siempre pedir permiso...*” situación que resulta idéntica cuando a la señora Dalila Murillo se le inquierte sobre el mismo punto, afirmando que “*pues... permisos de pronto emmm (...) pues de pronto cuando tuvo algo que, con los niños eh, de pronto la salud de la mamá... pues que recuerde ahoritica (sic) de pronto algo fue así, eh (sic) algún permiso con el colegio de los niños o que se enfermó la mamá entonces tuvo que pedir algo pero que fuera cuestión de alguna una o dos horas (sic) o tres horas que tuvo que pues haber pedido algún permiso pero esas eran las clases digamos de ausencias que de pronto pudo haber (sic) solicitado...*” (min. 1’ 24.29)

Es también evasiva la respuesta de la testigo Murillo cuando el apoderado de la entidad le inquierte acerca de si la demandante y ella compartieron todo el tiempo actividades durante su periodo de vinculación, señalando simplemente “compañeras de trabajo” (min. 1’ 30.51)

Por lo demás, la conducta de las testigos frente a la pregunta que le realizara el apoderado de la entidad si contra la Subred {las testigos} *¿han presentado demanda similar ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo?*, resulta llamativa por la actitud de los testigos pues sobre ese aspecto la señora González Pinzón dijo que “*si*

señor, presenté demanda, la gané y ya me pagaron” (min 42’ 52) y al preguntarle si la señora Julieta Rodríguez fungió como testigo en su proceso la respuesta fue afirmativa.

Aunado a lo anterior sorprende al despacho lo dicho por la señora Dalila Murillo: “*si como nosotras como compañeras {sic} no nos apoyamos en defender los intereses de cada una, pues, eh, quien más que no (...) puede ser una amistad (...) somos un equipo, se formó un equipo desde ese momento {sic} y por eso es que yo estoy aquí como testigo, no cualquiera lo podía estar haciendo...*”³¹

En cuanto al seguimiento de libretos nota el despacho que al haber testificado en otros procesos con similares hechos y pretensiones, es obvio que deben saber cómo responder cada pregunta que se le realizaba por parte del apoderado de la entidad y del despacho, pues, de lo que se trata es de demostrar que existió una relación laboral entre la demandante y la institución de salud, es por ello que el apoderado de dicha institución fincó la tacha en que las testigos poseen experiencia en realizar declaraciones tendientes a beneficiar los intereses de la demandante de ahí que según su dicho se encuentren parcializadas con el mismo propósito, lo cual de acuerdo a lo transcrita con antelación la misma testigo señaló que se apoyaban para defender los intereses de cada uno.

No obstante, en atención a sus calidades académicas y profesionales, existe consonancia entre sus calidades y el lenguaje utilizado por ellas. Una de las razones que sustentan esta afirmación es también la utilización de términos técnicos durante la diligencia.

Ahora bien, en cuanto a las incongruencias entre hechos narrados, este despacho se permite poner en evidencia que al preguntar por los jefes a cargo, las testigos manifestaron no recordar casualmente el nombre completo de su último jefe, a pesar de que indican con claridad el nombre completo de la fisioterapeuta de planta que labora para la entidad, hecho este que para el despacho llama la atención teniendo en cuenta que las testigos sí recordaban los nombres de los jefes que años atrás habían tenido empero no el del último, lo cual es raro pues la experiencia indica que en su gran mayoría las personas tienden a recordar los nombres y apellidos de los jefes que han tenido en su vida laboral, sino todos, por lo menos del último, esto habida cuenta que el trato diario con el jefe permite que uno recuerde sus nombres y apellidos sin tener en cuenta si la relación fue buena o mala con él.

De la misma manera, a pregunta hecha por el apoderado de la demandante, la señora Adriana Milena González señala que tanto ella, como la demandante “*no nos podíamos ir antes de la hora, o teníamos que avisar al jefe o pedir permiso, pero debíamos cumplir el horario, haya o no pacientes*” situación que contrasta con la afirmación según la cual los horarios de la demandante estaban configurados en atención a los

³¹ Ídem. Min. 1’ 40.13 a 1’ 41.14

pacientes que debía atenderse, luego entonces no se explica el hecho de que eventualmente como lo afirma la testigo con su declaración hayan turnos sin pacientes, así mismo existe incongruencia con lo manifestado por esta, al señalar a la preguntas realizadas con inquirir acerca del horario laboral de la parte actora, pues ambas testigos respondieron que la demandante no cumplía sus labores en lugar físico de la institución, expresión que concuerda con las obligaciones contractuales de la demandante en los diferentes contratos suscritos en lo que se puede observar que prestaba sus servicios fuera de la institución; luego entonces cómo pueden saber ellas si la demandante cumplía o no un horario y si esperaba a finalizar el horario laboral o no.

Ahora bien, luego de analizar el contenido de las declaraciones, considera el despacho que la tacha ha de prosperar, pues si bien prima facie en ningún momento alguna de las dos testigos manifiesta tener una relación de amistad con la demandante, situación esta que se evidencia en las constantes afirmaciones de las mismas limitándose a aspectos de su relación laboral, lo cierto es que ambas declararon haber presentado demandas contra la misma entidad con idénticas pretensiones a las debatidas en el presente proceso, también, que la señora Rodríguez Gutiérrez fungió como testigo en el transcurso de sus procesos. Esto último se constituye en indicio para considerar que las testigos tienen interés en las resultas del presente proceso, apoyando las razones del representante judicial de la entidad para interponer la tacha por sospecha.

Por consiguiente se estima que esta situación afecta, de suyo, la credibilidad e imparcialidad de los testigos, razón por la cual, de conformidad con el precedente jurisprudencial esbozado, se prescinde del contenido de las declaraciones.

Por todo lo anterior se declara probada la tacha interpuesta por el apoderado de la entidad demandada, razón por la cual, no es posible otorgarles a estos testimonios el valor probatorio que la ley exige para poder probar los hechos alegados.

Resuelto el punto anterior, pasa a estudiar el Despacho el caso concreto, teniendo en cuenta el material probatorio aportado.

Entonces, 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 de la relación laboral con ayuda de la prueba aportada y validada.

3.7.2 De lo acreditado dentro del proceso

- a)** La solicitud de acreencias laborales de fecha **8 de junio 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, folios 4-7 del expediente.

- b)** La respuesta a la petición antes indicada, con radicado 201803510141861 de 27 de junio de 2018, por medio de la cual la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada niega el reconocimiento y pago solicitado por la parte actora, folios 8 a 15 del expediente, argumentando que la demandante laboró en la entidad bajo la modalidad de contratista.
- c)** Que Julieta Rodríguez Gutiérrez suscribió contratos de prestación de servicios con la entidad demandada, y según el certificado que obra a folio 16 del expediente digitalizado y los contratos y sus respectivas prorrogas que obran el expediente se pudo extraer lo siguiente:

En cuanto a los períodos de contratación, quedó establecido que la demandante laboró para la entidad con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicios expuestos cronológicamente:

No. contrato	vigencia	objeto	Fecha inicio	Fecha terminación	Duración
1149	2013	Fisioterapeuta	1/04/13	31/08/13	152 días
Interrupción 38 días					
2157	2013	Fisioterapeuta	8/10/13	7/01/14	91 días
0850	2014	Fisioterapeuta	08/01/14	31/12/14	357 días
0472	2015	Fisioterapeuta	01/03/15	31/12/15	305 días
0091	2016	Fisioterapeuta	01/01/16	30/06/16	181 días
Interrupción 32 días					
0205	2016	Fisioterapeuta	01/08/16	31/08/16	30 días
3820	2016	Fisioterapeuta	01/09/16	07/01/17	128 días
2112	2017	Fisioterapeuta	08/01/17	31/08/17	235 días
7110	2017	Fisioterapeuta	01/09/17	31/10/17	60 días

La anterior tabla donde se ilustran los contratos desde el 1 de abril de 2013 hasta el 31 de octubre de 2017 se extrajo de las certificaciones expedidas por la entidad demandada y allegadas al expediente³².

- d)** Se evidencia que dentro del expediente obran igualmente, unas copias simples de los contratos, los cuales aparecen suscritos por la parte demandante y corroboran lo plasmado en las certificaciones aportadas por la entidad.

³² Ver archivo 41 expediente digitalizado.

- **De la prestación personal del servicio**

De acuerdo con las pruebas aportadas, practicadas e incorporadas al expediente, se demostró que la demandante prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los contratos suscritos con el entonces HOSPITAL TUNAL III NIVEL y posteriormente con la hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur. Así mismo se pudo colegir que desempeñó sus labores dentro del hospital como Fisioterapeuta quien debía realizar las funciones de valoración, atención y evolución a pacientes, así como realizar el recibo y entrega de turno, indicando los cuidados y actividades pendientes, participar activamente en la garantía de la Seguridad del paciente durante su permanencia en la entidad entre otras actividades³³ que dan cuenta que la actividad la debía realizarse de manera personal, como quiera que debía tener contacto con los pacientes internados en el centro médico y que en razón de los conocimientos técnicos especiales que ello conlleva, no le era posible delegar tales actividades.

Por otra parte, 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. Además, este aspecto no lo discuten las partes. Por lo tanto, se encuentra demostrado el segundo elemento de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio.

- **De la Remuneración**

Además de la certificación que funge en expediente, se verifica que la entidad fijó al demandante una retribución mensual por sus servicios prestados como fisioterapeuta, contenidos en cada uno de los contratos aportados al plenario.

Sobre este aspecto, se indicó que los pagos se realizaban mensualmente por parte de la entidad demandada a la cuenta de ahorros de la demandante, elemento de la relación que no fue discutido por la parte demandada y 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 como fisioterapeuta en el Hospital, para su pago en forma mensual.

lo anterior permite concluir la concurrencia de otro de los elementos del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

- **De la subordinación**

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

³³ Ídem. La entidad aportó copia de las obligaciones de la contratista respecto de cada uno de los contratos celebrados.

por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Adicional a ello, el que mayor exigencia probatoria requiere por parte del demandante.

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

Ahora bien, siguiendo el precedente Jurisprudencial expuesto, el elemento de la subordinación deberá ser acreditado de manera fehaciente, y en ese sentido, aunque las testigos coinciden en manifestar que la demandante recibía órdenes, lo cierto es que si en gracia de discusión la prueba testimonial se tuviera en cuenta, la misma no resulta creíble por cuanto carecen de precisión respecto a la clase de órdenes que recibía la demandante, aunado a que, de lo narrado por las testigos no se exponen con claridad ni se revelan las circunstancias en que presuntamente tales órdenes o mandatos fueron emitidos, ni las consecuencias de apartarse de ellas.

Como ejemplo, este despacho notó que frente a preguntas relacionadas con el trámite a realizar en caso de tener que ausentarse de sus labores, o las ocasiones en que la demandante solicitaba permisos, tanto la señora González Pinzón como la señora Murillo González indican que ellas *suponían* que la demandante debía hacerlo, “*unas veces por escrito, otras veces de manera verbal*” o que pedía permisos para “*ir a reuniones de los niños o alguna cosa de esas...*”.

En relación con la prueba documental que respalde las afirmaciones de la demandante, cuando señalaba que desempeñaba sus labores en turnos asignados por la jefe del área de rehabilitación del Hospital, resulta extraño que este hecho no se encuentre respaldado por ninguno de los documentos aportados al plenario, pese a que la señora Julieta Rodríguez manifestó en Audiencia de Pruebas que una parte de los turnos por ella asistidos eran consignados en un cuaderno suyo, cuyas páginas contenían la rúbrica de su jefe o supervisor al finalizar cada turno, empero dicho cuaderno no fue allegado como prueba al momento de presentar la demanda y la entidad señaló que no existían en sus archivos cuadros de turnos para la época en que ingresó la demandante, disparidad que no permite al despacho tener la certeza del cumplimiento o no de los turnos asignados.

Por ello llama la atención la manifestación del apoderado de la demandante en audiencia de pruebas en donde señala que por estrategia procesal no aportó los citados cuadernos, siendo estos imprescindibles para la formación del convencimiento del juez acerca del requisito de la subordinación y más aún cuando con ocasión de la tacha probada a los testigos, sus declaraciones se han prescindido de la valoración probatoria. Esto porque el horario por sí mismo no demuestra una relación de subordinación.

Este panorama no permite concluir que para el caso de autos, se haya satisfecho el requisito de la subordinación, ya que ante la ausencia de prueba documental que lleve por lo menos a la inferencia de que la demandante recibía órdenes de las personas que señala como sus superiores, es claro que los testimonios recibidos por sí mismos no son prueba suficiente que lleve a concluir que se satisface lo normado por la jurisprudencia, máxime cuando los mismos (i) se basan en suposiciones, (ii) no son responsivos frente a circunstancias particulares que puedan llevar a pensar que en realidad hubo alguna orden, (iii) carecen de precisión y además (iii) llevan tacha de sospecha por haber quedado en evidencia que los declarantes ya han fungido entre sí junto con la demandante, como tales, en otros procesos en donde se debaten o debatieron circunstancias como la presente causa petendi a favor de cada uno.

De manera que para el caso *sub exánime*, esta sede judicial no puede llegar a la certeza, como tampoco inferir el cumplimiento del requisito de la relación de subordinación contratante-contratista cuya declaratoria pretende la actora, razón por la cual es claro en este punto que su propósito en desdibujar la figura de la relación contractual pierde fuerza ante las pruebas que obran en el plenario.

Así las cosas, de la valoración integral del material probatorio se desprende que la demandante no logró desvirtuar la relación de coordinación propia del vínculo contractual adquirido con la entidad demandada, circunstancia que permite concluir la inexistencia de un contrato realidad entre las partes.

Por lo demás, el tiempo prolongado de vinculación con la entidad no es motivo suficiente para demostrar que existió una relación laboral, como tampoco lo es la asistencia a reuniones o jornadas de capacitación, el suministro de elementos de trabajo, la expedición de un carnet, el pago mensual de honorarios, las felicitaciones, la realización de tareas dentro o fuera de la sede de la entidad, o la afirmación de que en la misma entidad labora personal de planta, así se hayan dado nombres propios, cuando de ello no se aportan pruebas al plenario, o las mismas no llevan al convencimiento de que estos hechos tuvieron lugar, como en el presente asunto.

En este orden de ideas, a la presente controversia **no** le es aplicable el principio de “*primacía de la realidad sobre formalidades*”, pues la demandante no logró demostrar que se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, confirmando con ello la relación de coordinación propia del contrato de prestación de servicios.

Como consecuencia de lo anterior, se negarán las pretensiones de la demanda.

4. De las costas. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³⁴, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud

³⁴ Consejo de estado, Sección segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, C.P. William Hernández Gómez; Rad: 68001-23-33-000-2013-00698-01 (3300-14)

temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la parte actora son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

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

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda dentro, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de esta no están llamadas a prosperar.

En consecuencia, los actos administrativos acusados conservan su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que los 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: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas la parte motiva de presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a la parte demandante, por las razones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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 **10 de febrero de 2021** a las 8:00 a.m. y se envió mensaje de texto de la notificación por de la providencia anterior a los correos electrónicos suministrados, conforme al párrafo 3º, artículo 201 de la Ley 1437 de 2011.

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:

fea4c3c58482ed345454c32c5fb8ef76726bc300f637dd669c005cd076fbbo

02

Documento generado en 04/02/2021 06:08:32 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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