



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

Sección Segunda

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

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0462-00
Demandante:	MARÍA DORIS REINA REINA
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

Tema: *Contrato realidad – Enfermera Jefe.*

1. ASUNTO A DECIDIR

Cumplidas las etapas del proceso y los presupuestos procesales del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho laboral sin que se adviertan causales de nulidad, el Juzgado, en primera instancia, dicta la sentencia anticipada que en derecho corresponda, de acuerdo con los artículos 179, modificado por el artículo 39 de la Ley 2080 de 2021, artículo 187 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con el artículo 42 de la Ley 2080 de 2021 y conforme la siguiente motivación,

2. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones: La señora **MARÍA DORIS REINA REINA** por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho dirigido contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, presentó demanda dentro de la cual solicita la nulidad del acto

administrativo contenido en el **Oficio N° OJU-E-1789-2018- 201803510144901 del 29 de junio de 2018¹**, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de junio y vacaciones y en general todas las sumas a título de prestaciones sociales, que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el 11 de febrero de 2010 hasta el 28 de febrero de 2018 y en general todas las acreencias laborales.

asimismo, el pago de los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en salud y pensión y riesgos laborales, que le correspondía realizar a la entidad demandada y que debió cancelar al fondo pensional, a la E.P.S. y a la ARL 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; a la indemnización contenida en la ley 244 de 1995 por el pago tardío de las cesantías y sus intereses durante los años 2010 a 2018; las cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar a la cual se hallaba afiliada la demandante durante el tiempo que laboró para la demandada.

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

2.2.1. Manifiesta la demandante que desde el 11 de febrero de 2010 hasta el 28 de febrero de 2018 prestó sus servicios de forma ininterrumpida en el cargo de Enfermera Jefe en el área de urgencias, hospitalización y partos en el Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. hoy Subred de Servicios de Salud Sur E.S.E., entidad que la contrató mediante contratos de prestación de servicios, de manera directa los cuales fueron objeto de adiciones y prorrogas.

2.2.2. Señaló que la prestación del servicio era de forma personal, pacto de tipo contractual, sometido a horario habitual fijo y recibía una remuneración por sus servicios.

2.2.3. Igualmente, expresó que a él se le pagaba por los servicios prestados de manera mensual, previa exigencia de contar con las afiliaciones al sistema de seguridad social. Expresó que durante su trabajo estuvo sometido a subordinación, toda vez que debía cumplir reglamentos, funciones predeterminadas, parámetros, portar carné, fue objeto

¹ Ver folios 62 -63 del archivo de demanda y anexos del expediente digital.

de llamados de atención, felicitaciones verbales, debía solicitar autorización de sus jefes inmediatos para ausentarse de su lugar de trabajo, en otros aspectos.

2.2.4. Adujo que estaba sometida a un horario fijo, como también tenía asignadas las instalaciones de la entidad, sin poder realizar actividades fuera de estas; se le asignó elementos de trabajo los cuales eran de propiedad del hospital.

2.2.5. Alegó que, con escrito del 18 de junio de 2018, presentó petición ante la entidad demandada, solicitado la declaratoria de la existencia de una relación laboral, así como el correspondiente pago de todas las prestaciones laborales y sociales; la cual fue contestada por la entidad con el oficio OJU-E-1789-2018, 201803510144901 del 29 de junio de 2018, en donde la entidad le negó la solicitud, considerando que no se configuraban los elementos de un contrato de trabajo.

2.3. Normas violadas y concepto de violación: Como normas violadas se citan en la demanda los siguientes artículos de la Constitución: 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128 y de rango legal los Decretos 1042 de 1978, 1750 de 2003, 4171 de 2009, Ley 80 de 1993, numeral 3°.

En síntesis, adujo que el acto administrativo proferido por la entidad demandada transgrede normas de orden superior, al desestimar de plano y sin fundamento constitucional, el pago de las prestaciones laborales a las que tiene derecho todo trabajador, presentándose un desconocimiento a las garantías y principios que protegen el trabajo como sustento del mínimo vital y la vida en condiciones dignas.

Agregó que la Ley 80 de 1993 prohíbe a las entidades públicas contratar mediante prestación de servicios y solo es procedente en aquellos casos en que se evidencia ausencia de subordinación e independencia del contratista para el desempeño de sus labores, situación que no aplica a los servicios de la salud dado que las funciones que desempeñaba el demandante estaban encaminadas a cumplir con el objeto misional de la demandada y además indica que existían personas de la planta de personal de la entidad que realizaban las mismas funciones que él, por lo que su trabajo tenía vocación de permanencia en el tiempo y no era transitorio.

Expuso que al demandante durante la prestación del servicio se le exigió prestación personal del mismo; de igual manera, se le pago una remuneración como contraprestación del servicio prestado, exigiendo además la afiliación al sistema de

seguridad social. Señaló que se desempeñó como enfermera jefe, el cual estaba supeditado a horarios y cronogramas que estableciera el hospital.

En consecuencia, señala que se desvirtúan los presupuestos del contrato de prestación de servicios al configurarse la relación laboral en el presente asunto.

2.4. Actuación procesal: Conforme se observa en el expediente electrónico, la demanda se presentó el 2 de noviembre de 2018; a través de providencia del 8 de febrero de 2019 se admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 7 de mayo de 2019, fue notificada mediante correo electrónico la parte demandada, el Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

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

Posteriormente, mediante constancia secretarial y conforme lo establecido en los artículos 175, numeral 2° del C.P.A.C.A. y 110 del Código General del Proceso, se corrió traslado de las excepciones propuestas por la entidad demandada, frente a las cuales la parte demandante guardó silencio.

A continuación, el Juzgado llevó a cabo la audiencia inicial el 28 de agosto de 2020, en la cual se agotaron las etapas de saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, conciliación, medidas cautelares y culminó con el decreto de las pruebas solicitadas por las partes.

Posteriormente, se fijó el 26 de noviembre de 2020 como fecha para llevar a cabo la audiencia de incorporación y práctica de las pruebas decretadas, día en que efectivamente se incorporaron las pruebas documentales allegadas por la entidad demandada, se practicaron los testimonios y el interrogatorio solicitado y se le otorgó un plazo adicional a la entidad demandada para que a través de su apoderada presentara la totalidad de las pruebas documentales solicitadas.

De las pruebas aportadas por la apoderada de la entidad demanda se corrió traslado a la parte actora mediante auto del 1 de febrero de 2021, sin que emitiera pronunciamiento alguno.

Finalmente, a través de auto del 30 de abril de 2021 se corrió traslado a las partes, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que presentaran los alegatos de conclusión y sus conceptos, respectivamente, por el término común de 10 días, previo a dictar la sentencia de primera instancia.

2.5. SINOPSIS DE LA RESPUESTA.

2.5.1. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. La entidad demandada, por conducto de apoderada judicial, contestó en término la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma aduciendo que no se encuentran respaldadas en la realidad de los hechos, ni se estructuran los presupuestos legales para su prosperidad.

Manifestó que la parte demandante prestó sus servicios a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. entre el 11 de febrero de 2010 hasta el 28 de febrero de 2018 de manera independiente, con autonomía de la voluntad, mediante contratos de prestación de servicios autorizados por la Ley 100 de 1993 de mutuo acuerdo y por tanto no se configuraron los elementos del contrato de trabajo, en consecuencia no se generó relación laboral alguna y la contratación obedeció a necesidades del servicio.

Sostiene que deben ser denegadas las pretensiones de la demanda y por ende mantener incólume el acto administrativo demandado, como quiera que no adolece de vicio de nulidad alguno y además estima que no se configuró relación laboral alguna entre los años 2010 a 2018 pues el demandante se vinculó mediante contratos de prestación de servicios conforme lo expuesto por la Ley 100 de 1993.

En síntesis, estima que la vinculación de la accionante se hizo bajo los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993, en un contrato de prestación de servicios que en efecto no configuran los elementos de una relación laboral; por considerar que la contratista celebró contratos de prestación de servicios con la entidad contratante, por periodos cortos bajo el principio de la buena fe, por tal razón no existe una relación laboral como lo pretende hacer ver la parte actora.

Manifestó que la labor fue consentida y aceptada por la demandante, además explica que esta conocía los pormenores de la forma en que estaba siendo contratada y como realizaría su labor, aunado al hecho que no se puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir ciertas cargas y desempeñar actividades propias para las cuales fue contratada, pues dicha situación deviene del objeto del contrato

administrativo y que resulta lógico que la entidad contratante vigile el cumplimiento del contrato sin que ello resulte subordinar a la contratista.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.6.1. Alegatos de conclusión de la parte demandante: Presentó sus alegatos de conclusión mediante memorial allegado al correo electrónico de este Despacho en la cual ratificó los hechos y pretensiones planteados en la demanda.

En síntesis, solicita se acceda a las pretensiones de la demanda dando aplicación al principio constitucional que habla de la primacía de la realidad sobre las formas teniendo en cuenta que quedó probado que la demandante trabajó en el Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. desde el año 2010 hasta 2018, de manera continua, como quedó probado en los contratos aportados al plenario. Añadió que la prestación del servicio no se dio con autonomía técnica, administrativa, ni financiera, lo que quiere decir que el servicio requería de los conocimientos intelectuales de la actora para el buen y adecuado desempeño de sus funciones. Expresó que el demandante debía cumplir con el horario y parámetros estipulados por la entidad, lo que generó dependencia y subordinación con el hospital hoy transformado en **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**; debía asistir a capacitaciones, recibía insumos de la entidad para desempeñar sus labores. Además, recibía el pago salario de manera regular, aunado al hecho que existía personal de planta que realizaba las mismas funciones que la demandante, como se pudo probar de los testimonios que comparecieron a la diligencia, es decir, las labores de personal de enfermera las cuales estaban sometidas a la planeación y procedimientos que definiera la entidad en materia de dispensación de medicamentos e insumos médicos, entre otras funciones.

Finalmente, reitera el hecho que el actor realizaba las actividades dentro del hospital, de forma continua y subordinada, cumpliendo para ello horarios y ordenes de sus superiores, haciendo uso de las herramientas suministradas por el propio hospital y siempre en constante disponibilidad cuando el servicio así lo requería. Sostuvo que la demandante no podía ausentarse de su puesto de trabajo y en caso de tal debía solicitar permisos, los cuales debían ser autorizados. Por lo anterior, solicitó que, al estar configurados los elementos de la relación laboral, se proceda a condenar a la entidad demandada a reconocerle a la parte demandante todas las prestaciones sociales a las que tiene derecho.

2.6.2. Alegatos de conclusión de la entidad demandada: Pese a haber sido legalmente notificada del auto de traslado para alegar, no presentó escrito de alegaciones.

2.6.3. Concepto del Ministerio Público y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado: La delegada del Ministerio Público y el representante de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se abstuvieron 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 el **Oficio N° OJU-E-1789.2018 del 29 de junio de 2018**, por medio del cual se le negó a la parte demandante el pago de los salarios y las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato realidad que existió con la entidad demandada entre los años 2010 a 2018.

Como consecuencia de lo anterior y previa declaratoria del contrato realidad, se debe establecer si la parte actora tiene derecho a que la entidad demandada le pague las diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y todas las acreencias laborales percibidas como Enfermera Jefe al servicio del Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), entre el 11 de febrero de 2010 hasta el 28 de febrero de 2018, en igualdad de condiciones de aquellas personas que se encuentran en la planta de la entidad desempeñando las mismas funciones.

De la misma manera si le asiste el derecho a que se ordene a la entidad demanda a que reconozca y pague las diferencias y los aportes destinados a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales que le correspondía realizar a la entidad demandada y que debió cancelar al fondo pensional, a la E.P.S. y a la ARL, así como también los valores correspondientes a cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de junio y vacaciones y todas las prestaciones que se deriven de la

vinculación que existió entre las partes mientras duró la ejecución de los contratos de prestación de servicios.

Finalmente, se debe establecer si a la parte demandante le asiste el derecho a que se ordene 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; a la indemnización contenida en la ley 244 de 1995 por el pago tardío de las cesantías y sus intereses durante los años 2010 a 2018; las cotizaciones a la Caja de Compensación Familiar a la cual se hallaba afiliada la demandante durante el tiempo que laboró para la demandada.

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

3.2. NORMATIVIDAD Y JURISPRUDENCIA APLICABLE AL CASO.

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

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

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

Por su parte el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 22 define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio*

personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”

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

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

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

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

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

Contrario sensu, en el contrato de prestación de servicios, la actividad es independiente, puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica, caracterizándose, porque carece del elemento de subordinación laboral o dependencia. Sin embargo, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, por manera que el contrato de prestación

de servicios, como lo ha sostenido la Corte 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.

3.2.2. Antecedentes jurisprudenciales del contrato realidad⁴.

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

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

³ Consejo de Estado, secc. 2ª, 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.

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 capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contrata

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.

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

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.

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.

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

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora la sección segunda del Consejo de Estado concluyó sobre su no operancia, en tanto se consideró que su exigibilidad era literalmente imposible con anterioridad a la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; vale decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y, por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal 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 petitionar el pago de las prestaciones derivadas del vínculo laboral es dentro de los 5 años siguientes a la fecha de terminación del último contrato, momento que *mutatis mutandi* puede asimilarse al acto de retiro, acorde con lo estipulado por el artículo 91 del C.P.A.C.A., en armonía con los principios de preclusión, seguridad jurídica, razonabilidad, ponderación y diligencia que deben acompañar las actuaciones de los 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

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.

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:

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

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

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

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

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

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de

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.

seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

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

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

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

Al respecto, en su aclaración de voto el consejero de Estado William Hernández Gómez consideró que para los efectos del requisito de continuidad es dable precisar que tal lapso encuentra referencia en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, el cual señala 15 días. Previsión que vale recordar, ya había sido tenida en cuenta por esa Corporación en sentencia del 23 de junio de 2016, siendo ponente el magistrado Luis Rafael Vergara Quintero¹⁷.

Posteriormente, sobre el tema se señaló 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

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.

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 trascurrido 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.

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

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

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

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).

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 cumplimiento de un horario es sencillamente la manifestación de una concertación contractual entre las partes, administración y particular, para desarrollar el objeto del

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...”

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”.

3.2.5. 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.

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)

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: 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 las declaraciones que son relevantes para probar los requisitos y seguidamente si se cumplió o no con cada uno de ellos.

4.1. De lo acreditado dentro del proceso.

a) Solicitud de acreencias laborales de fecha **18 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 visible a folios 4 a 9 del archivo de demanda y anexos del expediente digital.

b) Respuesta a la petición antes indicada, mediante el **Oficio N° OJU-E-1789-2018 del 29 de junio de 2018**, por medio de la cual la Jefe de la Oficina Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. negó el reconocimiento y pago solicitado por la parte actora, como se observa a folios 13 a 14 del archivo de demanda y anexos del expediente digital, argumentando, en síntesis, que la actora trabajó en la entidad bajo la modalidad de contratista.

c) A partir del **25 de noviembre de 2010**, la señora **María Doris Reina Reina** suscribió distintos contratos de prestación de servicios con el Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. (hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.), los cuales reposan en archivos PDF aportados por las partes y se resumen en los certificados expedidos el 26 de septiembre de 2012 y 2 de noviembre de 2018 por el Profesional Universitario de Contratación del Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. y el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., respectivamente, que obran a folios 45 y 47 del archivo de demanda y anexos del expediente digital, de los cuales se extrajo la duración de cada uno de estos y el valor pactado por concepto de honorarios:

En cuanto a los periodos de contratación, quedó establecido que la demandante laboró para la entidad con fundamento en los siguientes contratos de prestación de servicio, como Enfermera, así:

Contrato N°	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Valor
5363	25 de noviembre de 2010	30 de noviembre de 2010	\$537.600
5695	1° de diciembre de 2010	10 de diciembre de 2010	\$1.209.600
6042	15 de diciembre de 2010	15 de enero de 2011	\$2.352.000
Adición 6042	16 de enero de 2011	28 de febrero de 2011	\$3.427.200
0806	1° de marzo de 2011	30 de abril de 2011	\$4.225.536
1212	1° de mayo de 2011	30 de septiembre de 2011	\$10.483.200
2749	1° de octubre de 2011	15 de enero de 2012	\$7.338.240
0819	18 de enero de 2012	31 de julio de 2012	\$13.628.160
2542	1° de agosto de 2012	31 de octubre de 2012	\$6.289.920
3999	1° de noviembre de 2012	8 de enero de 2013	\$4.752.384
0363	9 de enero de 2013	31 de mayo de 2013	\$10.221.819
2247	1° de junio de 2013	31 de julio de 2013	\$4.319.078
4408	1° de agosto de 2013	30 de septiembre de 2013	\$4.319.078
7615	1° de octubre de 2013	9 de octubre de 2013	\$647.862
7958	10 de octubre de 2013	31 de octubre de 2013	\$1.511.577
9536	1° de noviembre de 2013	15 de enero de 2014	\$5.395.848
01040	16 de enero de 2014	15 de mayo de 2014	\$8.897.300
0447	18 de mayo de 2014	15 de noviembre de 2014	\$6.116.895
09122	16 de noviembre de 2014	15 de enero de 2015	\$6.116.895
00353	16 de enero de 2015	15 de mayo de 2015	\$10.000.000
00382	16 de mayo de 2015	15 de junio de 2012	\$6.250.000
02919	16 de junio de 2015	15 de septiembre de 2015	\$10.000.000
04794	16 de agosto de 2015	15 de noviembre de 2015	\$5.000.000
05460	16 de noviembre de 2015	15 de enero de 2016	\$5.000.000
00270	16 de enero de 2016	31 de mayo de 2016	\$12.010.500
02129	1° de junio de 2016	31 de agosto de 2016	\$8.007.000
005026	1° de septiembre de 2016	7 de enero de 2017	\$11.298.766
003228	8 de enero de 2017	23 de enero de 2017	\$1.423.467
004125	8 de febrero de 2017	31 de agosto de 2017	\$16.683.000
007264	1° de septiembre de 2017	31 de diciembre de 2017	\$8.647.296
003430	1° de enero de 2018	28 de febrero de 2018	\$8.678.016

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

d) Informes de cumplimiento de las actividades y gestiones realizadas por la demandante en los años 2011 a 2016 suscrito por el Subgerente de Servicios de Salud del Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. y el Profesional Especializado o Supervisor Técnico de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E en los que constan las funciones que realizó al interior del Hospital en los periodos señalados y que figuran en los archivos pdf de anexos de pruebas aportadas por la entidad demandada al expediente digital.

e) Del testimonio rendido por la señora **María del Carmen López**, así como del interrogatorio surtido por la demandante señora **María Doris Reina Reina** se evidencia que a esta se le hacía el respectivo seguimiento al cumplimiento de las funciones descritas en los contratos celebrados con la entidad demandada, donde además se estipularon las obligaciones a las que estaba sometida y las que efectivamente acreditaba cumplir durante la vigencia de cada uno de los contratos prestación de servicios celebrados.

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

De las pruebas documentales que reposan en el plenario, el testimonio y el interrogatorio de parte recaudados a las señoras **María del Carmen López** y **María Doris Reina Reina** se extrae que la demandante ingresó a prestar sus servicios como Enfermera Jefe en el Hospital Vista Hermosa I Nivel desde el año 2010 hasta el 2018 y sus funciones las desempeñaba de manera personal en las instalaciones del mencionado centro de salud, en consecuencia, no podía realizar delegaciones de sus funciones en otros funcionarios o contratistas que prestaran sus servicios en dicha entidad. Sobre este aspecto la señora **María del Carmen López** afirmó en su declaración haberse desempeñado en el mismo Hospital como Auxiliar de Enfermería, por lo cual compartió espacio y funciones con la demandante durante el tiempo de ejecución de los contratos.

Asimismo, el testimonio y el interrogatorio dan cuenta que la actora cumplía horarios de trabajo nocturno de 7 p.m. a 7 a.m., sometido a la organización de los turnos que realizaban los coordinadores o jefes del servicio, según la organización interna que se le comunicara.

Sobre este elemento de la relación laboral no existe duda ni la entidad se opuso al mismo.

- **De la Remuneración.**

Sobre este aspecto el testimonio y el interrogatorio coincidieron en que la entidad le exigía a la demandante contar con una cuenta de ahorros bancaria donde se consignaba de manera mensual los honorarios pactados por la realización de sus labores y que tenía como exigencia previa acreditar los pagos correspondientes a seguridad social en salud y pensión.

De otra parte y como se indicó en el literal c) de pruebas de esta sentencia, reposa unas certificaciones expedidas el 26 de septiembre de 2012 y el 2 de noviembre de 2018 por el Profesional Universitario de Contratación del Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. y el Director de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., respectivamente que obran a folios 45 y 47 del archivo de demanda y anexos del expediente digital, en las que se verifica que la entidad le fijó a la demandante una retribución mensual por los servicios prestados como Enfermera Jefe, los cuales eran cancelados de manera mensual, según las manifestaciones del testigo y la propia demandante. Además, en las pruebas aportadas se observan diversos desprendibles de pago de los honorarios que le eran cancelados a la actora.

Así las cosas, este elemento de la tampoco fue discutido por la entidad demandada, por lo que no existe duda que la actora percibía como contraprestación de sus servicios unos honorarios pactados en los respectivos contratos de prestación de servicios, lo que permite concluir la concurrencia del segundo elemento del contrato de trabajo, es decir, la remuneración.

- **De la subordinación.**

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

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

En el caso *sub exánime*, bastaría para condenar el reconocimiento de la relación laboral tener como pruebas las funciones desarrolladas por la demandante en el antiguo **Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E.** (hoy Subred Integrada de Servicios Sur E.S.E.) como *Enfermera Jefe* las cuales cumplió de manera reiterada e ininterrumpida por varios años, sin embargo, el Despacho también pone de presente que del testimonio rendido por la señora **María del Carmen López** y el interrogatorio de parte de la señora **María Doris Reina Reina** se evidencian elementos que hacen concluir al despacho que durante toda la relación laboral de la demandante con la entidad, efectivamente existió subordinación.

Así, la señora **María del Carmen López**, afirmó haberse desempeñado en el mismo Hospital como Auxiliar de Enfermería en el área de urgencias, hospitalización y partos y en su declaración expuso de manera amplia las funciones que la demandante realizaba como enfermera jefa en distintas dependencias de la entidad. Indicó que la señora Reina Reina realizaba funciones propias de los jefes de enfermería tales como revisar el estado de los pacientes, toma de signos vitales, entrega de informes de estado, suministrar medicamentos, cumplir órdenes de los médicos que se encontraran en el servicio, entre otros. También sostuvo que cumplía funciones de tipo administrativo y de organización del personal de Auxiliares de Enfermería.

También sostuvo la señora López que la demandante recibía órdenes directas del Coordinador o Jefe que estuviera asignado al turno en que él se encontrara laborando, los cuales le impartían ordenes verbales y escritas en las historias clínicas de los pacientes que eran tratados y en carteleras visibles en un sitio específico de la entidad dirigido al personal de enfermería donde se incluían las actividades a realizar.

Expresó que la demandante rotaba por distintos servicios del Hospital (urgencias, hospitalización, partos, etc), por lo que dependiendo del servicio donde se encontrara recibía ordenes de distintas personas tales como los coordinadores de áreas y médicos a cargo y cuando estaba de turno específico en el área de maternidad o urgencias sobre procedimientos a practicar a pacientes, suministro de medicamentos y en general lo que le correspondía como jefe de enfermería del turno.

Asimismo, la señora López refirió que laboraba junto a la demandante en turnos establecidos en las lista y planillas que eran publicadas en las instalaciones de la entidad y para efectuar un cambio de turno le correspondía diligenciar por escrito esa solicitud, la cual era autorizada por el Jefe del Área de Enfermería de turno o Coordinador

disponible. También debían realizar capacitaciones que brindaba la entidad al personal que hacía parte tanto de la planta como contratistas sin distinción alguna.

De igual forma, manifestaron tanto la señora **María del Carmen López** como la demandante que existían empleados de planta que realizaban las mismas funciones que ella y que no existía un trato diferencial en cuanto a ordenes, turnos, funciones y tareas asignadas, sino únicamente en la parte prestacional, dado que los empleados de la planta eran acreedores de las prestaciones sociales y acreencias laborales inherentes a su condición, como el disfrute de vacaciones y pago de primas, etc.

Entonces, al confrontar el testimonio y el interrogatorio que obran como prueba dentro del expediente, junto con las pruebas documentales aportadas, se pudo constatar que, en el caso concreto, está plenamente demostrada la subordinación por cuanto el demandante debía:

- (i) Cumplir turnos que le eran asignados de 7 p.m. a 7 a.m., según las necesidades que requiriera el servicio, tiempo en el cual la demandante compartió actividades con la testigo, quien, recibía órdenes directas de los coordinadores o jefes de turno de las áreas donde estuviera prestando el servicio, por lo que sus actividades se interrelacionaban y mantenían contacto permanente y coordinado.
- (ii) Durante la ejecución de los turnos contaba con jefes y coordinadores, según el área donde se encontrar y la necesidad del servicio, quienes le impartían ordenes específicas sobre procedimientos y manejos de pacientes y era objeto de verificación del cumplimiento de las labores que debía realizar durante el horario de trabajo. Tales ordenes eran de manera verbal o escrita en las historias clínicas o en un lugar visible del área donde se encontrará tal como lo reseñó la señora María del Carmen López en su declaración.
- (iii) La demandante, en su calidad de Enfermera Jefe no podía ausentarse de su lugar de trabajo sin informar a sus superiores y para ello debía comunicarlo para obtener aprobación, toda vez que durante su turno era la única persona que realizaba su labor y si se ausentaba ocasionaba afectación en el normal desarrollo de las funciones misionales de la entidad.
- (iv) La demandante no tenía autonomía en el desarrollo de sus labores, pues todo el tiempo recibía órdenes de los coordinadores, médicos o jefe de área y estaba

sometido todo el tiempo a las directrices internas y protocolos que le imponía la entidad, como el porte del carné que lo identificara.

- (v) La señora María del Carmen López señaló que la demandante rotaba por distintas dependencias o especialidades del Hospital y que su trabajo se complementaba con el de esta en el sentido que le impartía ordenes para las actividades a desarrollar y las atenciones que requerían los pacientes que acudían al hospital, las cuales debían ser coordinadas entre ambas.

Como se pudo verificar, la demandante más allá de una relación de coordinación, se encontraba sometida a cumplir las funciones suscritas en los diferentes contratos entre ellas, por ejemplo, las que se observan en el Contrato N° 9536 de 2013 (archivo pdf de pruebas aportadas por la entidad): “1.) Realizar actividades como enfermero(a) en el área de Urgencias con plena autonomía de acuerdo a las guías de atención, protocolos y procedimientos Institucionales. 2.) Conocer y aplicar las Guías de Atención, Protocolos, Manuales y Procedimientos Institucionales, en especial los relacionados con el cumplimiento de su objeto contractual. 3.) Conocer y aplicar la Política de Infecciones Asociadas al Cuidado de la Salud. Conocer y aplicar los cinco (5) momentos para la higienización de lavado de manos. 4.) Conocer y notificar adecuada y oportunamente la ficha de notificación de Infecciones Asociadas al Cuidado de la Salud (IACS) al Referente de IACS. 5.) Efectuar el seguimiento al personal auxiliar a su cargo frente a la adherencia a la política de IACS y a la estrategia del lavado de manos, así como el uso adecuado de uniforme quirúrgico compuesto por gorro, polainas, tapabocas, blusa y pantalón. 6.) Realizar el procedimiento de aplicación de sondas y catéteres y entregar semanalmente reporte de aplicación de los mismos. 7.) Verificar al iniciar y finalizar el turno, el funcionamiento de los equipos y la disponibilidad de insumos en las diferentes áreas de urgencias, sala de partos y hospitalización. 8.) Administrar y registrar medicamentos y procedimientos de forma clara y oportuna, actividades estas que son indelegables de acuerdo al protocolo Institucional. 9.) Recibir y entregar turno de los pacientes hospitalizados de acuerdo a las guías y protocolos de atención establecidas por la institución. 10.) Participar y generar estrategias de demanda inducida, hacia consulta externa. 11.) Verificar el cumplimiento del plan de cuidado por parte de los auxiliares de enfermería. 12.) Realizar evolución a usuarios del servicio de observación y hospitalización, elaborando planes de manejo oportuno. 13.) Diligenciar las Historias Clínicas definiendo en forma cronológica y ordenada todos los hechos pertinentes al estado de salud del usuario y los demás documentos que en cumplimiento de las normas de seguridad social en salud se deban diligenciar. 14.) Participar activamente en la notificación de eventos en salud pública, de forma clara, oportuna y veraz notificación

Obligatoria en el SIVIGILA. 15.) Contribuir en la articulación de las acciones en salud con otras intervenciones de otros sectores que favorezcan el mejoramiento de las condiciones de vida de la población. 16.) Utilizar adecuada y racionalmente, los insumos médicos y medico quirúrgicos, y hacer buen uso de los equipos biomédicos y de oficina que estén a su cargo. 17.) Realizar atención de consulta de triage cuando así lo requiera el servicio. 18.) Ejercer la supervisión de los contratos que le sean asignados por la ordenadora del gasto (...)” y según se desprende de cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió la demandante con la entidad accionada.

Ahora bien, verificado el manual específico de funciones competencias laborales adoptado por el Hospital de Vista Hermosa E.S.E. mediante la Resolución N° 132 del 24 de abril de 2015, Hoy subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., se observa que en la planta de personal existía el cargo de Profesional Enfermero (Enfermero Jefe) y cuyas funciones eran “(...) *Prestar el servicio de enfermería poniendo a disposición del individuo, familia y la comunidad todos los conocimientos, habilidades y destrezas, para prevenir, mantener y mejorar las condiciones de salud del individuo, familia y comunidad (...) 1. Realizar actividades de Enfermería general en promoción y prevención, según su área de desempeño de conformidad con los lineamientos y políticas institucionales establecidas. 2 ejecutar con el personal del servicio de enfermería, del paciente, de acuerdo a los protocolos y procedimientos establecidos, con la calidad y oportunidad requeridos. 3. Diligenciar las historias clínicas de acuerdo con los criterios establecidos en la normatividad vigente en la materia. (...) 6. Realizar la notificación obligatoria de los eventos de conformidad con el procedimiento establecido (...)*”; igualmente cotejado con el testimonio y el interrogatorio de parte recepcionados el día de la audiencia de pruebas, se desprende que, si bien, no se describieron de maneras exacta las funciones como están establecidas en los diferentes contratos y el manual de funciones citado, si fueron claras en señalar que el demandante realizaba labores propias de un Jefe de Enfermería que fueran requeridos por los pacientes y usuarios de la entidad, así como funciones inherentes a esta actividad.

No obstante, como las pruebas se deben valorar en sus conjunto, de las documentales, las cuales se reseñaron en el acápite probatorio, se pudo establecer con exactitud que cada una de las labores desempeñadas por la actora en el hospital eran evaluadas, bajos los ítems de productividad, calidad, conducta laboral, entre otros, y para ello se suscribían informes de cumplimiento de actividades, como se indicó en el acápite de pruebas, aspectos que eran valorados por los coordinadores o jefe del momento; con

esto, para señalar que todas y cada una de las actividades de la señora Reina Reina, eran supervisadas por un coordinador.

Tal como se pudo verificar de los contratos suscritos por la demandante y obran en el expediente y que no fueron objetados por la parte demandada, y para ello era indispensable que esta acatará los horarios asignados por el hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E., Hoy subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., así como estar disponible cuando las funciones propias del servicio lo requirieran y en efecto, estaba plenamente subordinado a las instrucciones impartidas por la entidad en cuanto al modo, tiempo y horarios establecidos, con lo cual se desvirtúa que la actora tenía la autonomía e independencia para desarrollar el objeto de los contratos de prestación de servicios.

Así mismo, quedó demostrado que la entidad contrataba a la demandante 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 Vista Hermosa I Nivel E.S.E. Hoy subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., existía cargos de Enfermeras Jefes de planta que ejercían las mismas funciones que la demandante, tal como quedo descrito en párrafos anteriores, por tanto, está 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 8 años, desde el 2010 al 2018, tal como quedó probado con los contratos celebrados entre la actora y la entidad demandada.

Entonces, el Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E. (Hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur) 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 destinados a las distintas áreas de la entidad, cargos que en efecto están creados en la planta de personal y que también desempeñaba la demandante en calidad de contratista, lo cual no era procedente por el carácter de permanente de las labores ejercidas, de modo que el demandante dejó de ser contratista

y se convirtió en una persona que desarrolló sus actividades bajo la realidad de sucesivos contratos laborales.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de “la primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la parte demandante se encontraba en las mismas condiciones de los empleados de planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, aspectos que demuestran que 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 jefe de enfermería de la señora **MARÍA DORIS REINA REINA** le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios no eran propios de un contrato de suministro de servicios sino de una relación laboral entre las partes.

La excepción prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que permite la celebración de contratos de prestación de servicios no autoriza que las entidades del Estado a través de esta modalidad de vinculación desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores, máxime cuando la relación laboral entre las partes se extendió por más de 8 años.

Además, es importante traer a colación, lo señalado por nuestro Tribunal de cierre en lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 7 de marzo de 2019, radicado 2014-00876/2736-2016, 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”.

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 al demandante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el Estado, sino que la misma se adquiere en las formas establecidas en la ley para ello (mediante concurso de méritos para acceder a la carrera administrativa, en provisionalidad, entre otras formas contempladas en la ley para tal fin).

Como consecuencia de lo anterior, se declarará la nulidad del **Oficio N° OJU-E-1789-2018 del 29 de junio de 2018**, expedido por la Jefe de la Oficina 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 la demandante entre el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018**, salvo sus interrupciones.

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

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 prestaciones²⁵, 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.

4.3. De la prescripción.

²⁵ 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.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia y que el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación²⁶ 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 y las certificaciones expedidas por la entidad demandada el 26 de septiembre de 2012 y 2 de noviembre de 2018 que obran a folios 45 y 47 del archivo de demanda y anexos del expediente digital, la parte actora inició su relación contractual con la entidad a partir del **25 de noviembre de 2010** con el contrato N° 5363 y mantuvo su vínculo con el Hospital con sendos contratos de prestación de servicios²⁷ que se renovaron hasta el **28 de febrero de 2018**, por lo tanto de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que la señora **María Doris Reina Reina** presentó reclamación ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. – Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E., el **18 de junio de 2018**.

En atención a que la vinculación de la demandante, no tuvo ningún periodo de interrupción y teniendo en cuenta la fecha en que formuló la respectiva solicitud, las prestaciones sociales a las que tiene derecho son las derivadas de todos los contratos que celebró con la entidad, esto es, desde el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018** y por este motivo se reitera que las prestaciones adeudadas a la actora se deben liquidar **a partir del 25 de noviembre de 2010** sin prescripción trienal, pues la reclamación se efectuó dentro de los 3 años señalados como término de la prescripción extintiva, por lo tanto es factible conceder los emolumentos prestacionales derivados de los contratos celebrados con la entidad. En virtud de ello, No se declarará probada la excepción denominada “*PRESCRIPCIÓN*”, formulada por el apoderado de la entidad demandada.

²⁶ C.E., SCA, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016 Consejo Ponente Carmelo Perdomo Cuéter, Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

²⁷ Se advierte además que, durante toda la relación laboral lo contratos se renovaban sin que hubiera solución de continuidad, es decir, sin que transcurriera una interrupción superior a 15 días. 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.

Además de lo anterior, debe recordarse que el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, tal como se explicó en la sentencia de unificación referenciada²⁸:

“(...) 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 **María Doris Reina Reina**, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por una Enfermera Jefe de la planta de la entidad o el cargo al cual se asemejen las funciones que desempeñaba por el periodo comprendido entre el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018** fecha en que terminó el último contrato, sin prescripción trienal.

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 **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018** (periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicio), dado el carácter imprescriptible de esta prestación.

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

²⁸ 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.

2010 hasta el 28 de febrero de 2018, 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 a la demandante por concepto de seguridad social en salud la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora.

Así entonces, para calcular el ingreso base de cotización (IBC) tanto para las prestaciones sociales comunes como para efectos de cotizaciones a pensión de la demandante, la entidad deberá tener en cuenta que dentro de la planta de la entidad se encuentra creado el cargo de Enfermera Jefe o el cargo que se asemeje a las funciones desempeñadas por el demandante, por lo tanto, el IBC deberá calcularse con el salario percibido por el cargo citado o uno de similar categoría o denominación.

La liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y de existir diferencias entre los aportes realizados por la demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, la Subred 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, la demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

4.4. 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.

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

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

4.6. 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 Estado²⁹.

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

4.7. Del Restablecimiento del derecho.

Conforme a las reglas jurisprudenciales fijadas en la pluricitada sentencia de unificación proferida por la sección segunda del Consejo de Estado³⁰: *“(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*

²⁹ 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.

³⁰ *Ibidem*.

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 E.S.E. (antiguo Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E.), lo siguiente:

(i) Pagar a la señora **MARÍA DORIS REINA REINA** las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo o similar cargo al que desempeñó la demandante), en virtud de los contratos de prestación de servicios celebrados con la entidad entre el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018**, sin prescripción trienal.

(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 **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018**, 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 Vista Hermosa I Nivel E.S.E.), desde el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018**, salvo sus interrupciones, se debe computar para efectos pensionales.

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

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

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

Por lo expuesto se declararan no probada las excepciones de prescripción, Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, Inexistencia de la obligación y del derecho, Pago, Ausencia del vínculo del carácter laboral, Cobro de lo no debido, Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, Innominada y Buena fe, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

5. De las costas y agencias en derecho. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018³¹, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por la accionante son las que normalmente se esperan al interior de un proceso.

Por ello y en razón a las actuaciones realizadas en esta instancia y en aplicación del criterio valorativo ya enunciado, se abstendrá de condenar en costas a la parte demandada conforme las previsiones del artículo 365 del C.G.P., en la medida en que prosperarán parcialmente las pretensiones de la demanda, lo que conlleva a que no sea posible reconocer todas las prestaciones sociales solicitadas por la parte 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

³¹ 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)

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 **MARÍA DORIS REINA REINA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.061.406 y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (Antiguo Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E.) se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo comprendido entre el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018**, 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 N° OJU-E-1789-2018 del 29 de junio de 2018**, por medio del cual la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** (Hospital Vista Hermosa I Nivel E.S.E.) le negó a la señora **MARÍA DORIS REINA REINA** 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 **MARÍA DORIS REINA REINA**, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.061.406, 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 o un cargo con funciones equivalentes a las ejercidas por la actora para el periodo comprendido entre el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018**, sin prescripción, 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 **MARÍA DORIS REINA REINA**, para efectos pensionales, el tiempo comprendido entre el **25 de noviembre de 2010** hasta el **28 de febrero de 2018**, 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 la actora 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 la demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

QUINTO: La entidad condenada debe pagar a la parte demandante los valores correspondientes de que tratan los numerales anteriores, actualizados de acuerdo con lo expresado en la parte motiva de esta providencia, conforme con los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones de Prescripción de las acreencias laborales reclamadas por la señora **MARÍA DORIS REINA REINA**, Inexistencia de la aplicación de la primacía de la Realidad, Inexistencia de la obligación y del Derecho, Pago, Ausencia del vínculo de carácter laboral, Cobro de lo no debido, Relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, Presunción de legalidad de los actos administrativos y Contratos celebrados entre las partes, Innominada y Buena Fe, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.

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

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

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA CECILIA PIZARRO TOLEDO

JUEZ

Hjdg

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:

07f66ed4a458272ac1b629824a52e4468ff5ac459249ea50de8cb4a6c93f8432

Documento generado en 31/05/2021 03:50:03 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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