



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

Sección Segunda

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

Correo: admin16bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, veintidós (22) de febrero dos mil veintidós (2022)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho	
Asunto:	Sentencia de primera instancia
Radicación:	N° 11001-33-35-016-2018-0472-00
Demandante:	NELSY RODRIGUEZ CRUZ
Demandado:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E

Tema: *Contrato Realidad- auxiliar de farmacia*

1. ASUNTO A DECIDIR

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

2. ANTECEDENTES

2.1 Pretensiones. La señora Nelsy Rodríguez Cruz, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral, presentó demanda contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, solicitando del despacho se declare la nulidad del acto administrativo OJU-E-1389-2017 con número de radicado 201703170046091 de 24 de julio de 2017, por medio de la cual la entidad demandada negó el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas de la vinculación entre la demandante y la citada entidad.

Consecuentemente, que a título de restablecimiento del derecho se condene a la entidad demandada a: **i)** al pago del trabajo suplementario (horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos), **ii)** auxilio de cesantías debidas en los tiempos relacionado en los hechos, **iii)** al pago de prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, intereses de las cesantías, auxilios de transportes, auxilios de alimentación, sanción moratoria, compensación en dinero de las vacaciones debidas, **iv)** compensación de los dineros aportados al sistema general de seguridad social, pago de subsidios familiares, compensación en dinero del calzado y vestido de labor que se dejó de percibir, **v)** al pago de la indemnización plena de perjuicios por despido injusto.

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

2.2.1 Manifestó la demandante que laboró de forma constante, ininterrumpida y presencial para la subred Integrada de servicios de salud Sur E.S.E, en el cargo de auxiliar de farmacia, desde el 12 de enero de 2012 al 30 de abril de 2017. Indicó que la entidad demandada la vinculó a través de contrato de prestación de servicios, los cuales fueron sucesivos, habituales y sin interrupción. Indicó que prestó sus servicios de forma personal y bajo la coordinación del hospital.

2.2.2 Señaló que la entidad demandada no canceló los pagos correspondientes a las cesantías, intereses sobre las cesantías, prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de transportes, auxilio de alimentación, calzado y vestido de labor, compensación de las vacaciones, entre otras acreencias laborales.

2.3 Normas violadas y concepto de violación. Como normas violadas se citan en la demanda el artículo 53 de la Constitución Política, el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, entre otras normas.

Sostiene que la demandada procuró con su actuar, el ocultamiento de una relación laboral, con el fin de evitar pagar a la demandante sus prestaciones sociales y su seguridad social; señala que la figura del contrato de prestación de servicios no solo atenta contra los derechos laborales individuales, sino que impide que las entidades estatales amplíen su planta de personal, así como también entorpecen la vinculación de funcionarios por medio del mérito. Agregó que la forma de vinculación usada por la entidad demandada viola los derechos sindicales de las personas por cuanto esta vinculación les impide hacer uso de ese derecho.

2.4. Actuación procesal. La demanda se presentó el 13 de noviembre de 2018, por medio de auto de 11 de septiembre de 2019, el despacho admitió la demanda de la referencia por encontrar colmados los requisitos para su procedencia; asimismo, el 04 de febrero de 2020, fue notificada mediante correo electrónico, la parte demandada, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Posteriormente, la parte demandada contestó la demanda de la referencia a través de memorial que reposa en el expediente digital.

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

decretados, se incorporaron las pruebas que hasta la fecha habían llegado, se cerró el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar de conclusión por escrito.

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

Expresó que la accionante contó con total autonomía y libertad para desarrollar las mencionadas actividades según sus aptitudes, calidades y nivel de formación, destacando que, la demandante prestó sus servicios, en virtud de diversos contratos por prestación de servicios, regidos por disposiciones del Código Civil Colombiano; en lo que respecta a la supervisión, la entidad contratante dispuso de tal apoyo, en aras de verificar y velar por que la actividad contractual se adelantare con normalidad.

Reiteró que las partes no acordaron cancelación de un salario pues el tipo de contrato y su realización, claramente distaron de configurar un vínculo de carácter laboral. Enfatizó en que en razón de lo expuesto, se prueba que, contratante y contratista, convinieron el pago por el valor total de cada contrato, que conforme a su ejecución, implicó la oportuna cancelación de honorarios periódicamente; demostrando esto, que la demandante, efectivamente ostentó calidad de contratista independiente y como tal, fueron respetados sus derechos.

Argumentó que en el presente caso no existen elementos integrales, como subordinación, dependencia, imposición frente al cumplimiento de horario, ni remuneración como factor salarial, para afirmar que hubo un contrato realidad. Por las razones expuestas, solicita del despacho se nieguen las pretensiones de la demanda.

2.6. Alegatos de conclusión.

2.6.1 La parte demandante. El apoderado de la parte demandante, presentó sus alegatos solicitando del despacho se accedan a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, manifestando que de los contratos adosados al proceso, se puede desprender con claridad que las actividades de Nelsy eran las de auxiliar de farmacia, actividad que por su misma naturaleza implica que la demandante hiciera parte de una cadena de servicios cuya finalidad era la de prestar un servicio de salud; en otras palabras, se trató de un servicio misional de la entidad y consustancial a su actividad social.

Señaló que dentro de la documental aportada y de los documentos exhibidos por la parte demandada, se puede dilucidar claramente que la programación de actividades era bajo la instrucción del coordinador Ricardo Martínez o de la Supervisora Nancy Abril, de lo cual se desencadena una clara imposición de instrucciones en la forma y cantidad del trabajo. Además, sostuvo que la prueba más fehaciente del presente caso, es que la Subred sur, le abrió un proceso disciplinario a Nelsy Rodríguez. Expresó que de los testimonios se pudo colegir que no se podían utilizar subcontratistas, o colaboradores para ejecutar la labor, lo que denota una condición de trabajo personal, ya que un verdadero contratista, podría llevar a sus trabajadores o colaboradores para ejecutar la labor encomendada.

Finalmente manifestó que los informes de actividades allegados para alcanzar el pago de los honorarios permiten dilucidar que el servicio prestado por Nelsy siempre fue personal y por tanto la ejecución de este contrato se asemejó más a la condición de servidor público.

2.6.2 La parte demandada. Presentó sus alegatos de conclusión por escrito, oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en tanto considera que no concurrieron la totalidad de los elementos constitutivos de un contrato de trabajo; pues del acontecer fáctico y debate probatorio surtido en la presente litis, se concluye que no existió la subordinación alegada por la demandante.

Señaló que la vinculación de la Señora Nelsy Rodríguez Cruz, con el Hospital Vista Hermosa lo fue a través de sucesivos contratos de arrendamiento de servicios personales y de prestación de servicios, lo anterior de conformidad con las pruebas obrantes y traídas al plenario por la demandante, lo que da cuenta de la voluntad de las partes en suscribir los mismos. Argumentó que desde el inicio de la relación contractual la contratista se dio a conocer bajo esa calidad pues en efecto desarrolló sus actividades de conformidad con lo establecido en los diferentes contratos que suscribió. La posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios tiene su justificación en el decreto 2170 de 2002, ley 80 de 1990 y ley 100 de 1993 que además de facultar este tipo de contratación también indican que estos vínculos están sujetos al presupuesto aprobado que permitan el ejercicio de la actividad contractual.

Finalmente, manifestó que la demandante ofertó sus servicios y aceptó las condiciones contractuales desde el inicio de esta relación, la cual estuvo regida por la Ley 100 de 1993 en lo que tuvo que ver con su celebración, ejecución, terminación y liquidación.

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

3. CONSIDERACIONES

Con fundamento en lo preceptuado en 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, en primer lugar si es procedente declarar la existencia de la relación laboral entre la demandante y la Subred Integrada de servicios de Salud Sur E.S.E, en razón, a los múltiples contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes.

En segundo orden, se debe establecer si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el **Oficio N° OJU-E- 1389-2017** y notificado por correo electrónico el 24 de julio de 2017, expedido por la Subred Integrada de servicios de Salud Sur E.S.E, por medio de la cual la entidad demandada negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales derivadas de los contratos celebrados con la demandante.

Como consecuencia de la anterior declaratoria de nulidad, se debe establecer si la actora tiene derecho a que la entidad demandada le reconozca y pague las siguientes prestaciones sociales: trabajo suplementario (horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos), cesantías debidas, primas de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, intereses sobre las cesantías, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, la compensación en dinero de las vacaciones, el pago de la sanción mora de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la compensación de los dineros aportados al sistema de seguridad social.

Igualmente, al pago y consignación de los aportes a la seguridad social con el IBC, con sus respectivas rentas e intereses moratorios, al pago de los subsidios familiares, al doble de la cuota de subsidio en dinero más alta que se esté pagando en el Departamento de Cundinamarca, por cada beneficiario que se logre demostrar; la compensación en dinero de calzado y vestido; la devolución de los descuentos realizados sobre los honorarios y finalmente condenar a la indemnización moratoria equivalente a un día de retardo por cada día de mora.

4. Marco normativo y jurisprudencial

La Constitución de 1991 en desarrollo del Estado Social de Derecho, consagró en su artículo 53¹ la obligación en cabeza del Congreso de la República de expedir el estatuto

¹ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:
(...) primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales;
La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

del trabajo, y determinó como principios fundamentales del derecho laboral entre otros la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los derechos laborales.

A su vez, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo señala los elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, que se dé una prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y el salario, elementos que una vez se reúnen, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni por las condiciones que se le agreguen, a su texto la norma señala:

“ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. <Artículo subrogado por el artículo 10. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.”

Para el desarrollo de la Función Pública el Constituyente estableció la forma de vinculación del servidor público con las diferentes entidades, a saber:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en 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. 125.- 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 (...)”.

En desarrollo del marco constitucional, se tiene que las entidades estatales pueden vincular a sus servidores bajo tres modalidades, cada una, con la observancia de su propia regulación:

- Empleados públicos (vinculados mediante una relación legal y reglamentaria).
- Trabajadores oficiales (vinculados mediante contrato laboral)
- Contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

El contrato de prestación de servicios, objeto del litigio, está definido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 así:

“30. Contrato de prestación de servicios

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.”

La Corte Constitucional al realizar control de constitucionalidad de la norma transcrita² estableció las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral.

“CONTRATO DE TRABAJO Y CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS-Diferencias

El contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. Para que aquél se configure se requiere la existencia de la

² Sentencia C-154 de 1997, T-523 de 1998 Dr. Hernando Herrera Vergara 19 de marzo de 1997.

prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS-Contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales/**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS**-Pago de prestaciones sociales en caso de subordinación

El elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.”

Conforme a lo anterior, se entiende que el contrato realidad se configura cuando dentro de una relación contractual, se oculta un verdadero vínculo laboral, es decir que independientemente de la figura que se utilice, si en el fondo del asunto se dan las condiciones propias de un contrato de trabajo, debe primar la realidad de la relación laboral frente a cualquier formalidad acordada entre las partes.

Esta figura surge cuando se desnaturaliza la figura contractual convirtiéndose en una relación laboral, en la cual deben concurrir los elementos esenciales del contrato

de trabajo, establecidos en el artículo 23 del C.S. del T., argumento consolidado por la H. Corte Constitucional en Sentencia T-556 de julio 12 de 2011, M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Expediente T-2995210 en donde indicó:

“CONTRATO REALIDAD-Elementos/SALARIO MÍNIMO VITAL Y MÓVIL-Vulneración de fallo de Tribunal por cuanto no condenó al Municipio al pago por la existencia de un contrato laboral

El Tribunal demandado estaba en la obligación de declarar que existía un contrato realidad, si advertía que estaban dados los elementos esenciales indispensables de todo contrato realidad. Estos elementos, según lo han entendido la legislación y la jurisprudencia colombianas, son tres: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y la remuneración periódica. El fallo demandado afectó el derecho fundamental del tutelante al salario mínimo vital y móvil (art. 53, C.P.). Porque se abstuvo no sólo de reconocer la realidad del vínculo formado entre el Municipio y el accionante, sino también de condenar a aquél al pago de las prestaciones con carácter salarial a las que tiene derecho toda persona que le preste a otra sus servicios de manera personal y subordinada. Y, en vista de que había una relación de prestación de servicios bajo subordinación, su obligación constitucional era en principio librar esa condena. La cual, por cierto, no podía reducirse al pago de una remuneración periódica, sino que debía extenderse hacia todas las prestaciones constitutivas de salario (primas, vacaciones, cesantías y horas extras).

De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios es una figura válida de contratación estatal, sin embargo, el mismo no puede ser utilizado indiscriminadamente vulnerando los derechos laborales de los trabajadores. Así, cuando el contratista logra demostrar los tres elementos que caracterizan una relación laboral, fundamentalmente, **la subordinación o dependencia respecto del empleador**, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, no hay duda de que se configura un contrato realidad, sin embargo la Corte de Cierre de esta jurisdicción ha sido clara al establecer que el hecho de haber

estado vinculado con el Estado, no da cabida a que el interesado obtenga la calidad de empleado público, pues tal calidad está supeditada al pleno cumplimiento de unos requisitos de nombramiento o elección y su respectiva posesión.

4.2 De lo acreditado dentro del proceso

- a) De la certificación expedida por la profesional especializada de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E , que obra a folios 14 del archivo 02 del expediente digital, se desprende lo siguiente:

	Contrato	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Días de interrupción
1	0224 de 2012	12 de enero de 2012	29 de febrero de 2012	Sin interrupción
2	1992 de 2012	1 de marzo de 2012	31 de julio de 2012	Sin interrupción
3	2924 de 2012	1 de agosto de 2012	31 de agosto de 2012	sin interrupción
4	3652 de 2012	1 de septiembre de 2012	31 de octubre de 2012	sin interrupción
5	4227 de 2012	1 de noviembre de 2012	15 de enero de 2012	Sin interrupción
6	0740 de 2013	16 de enero de 2013	30 de abril de 2012	Sin interrupción
7	1845 de 2013	1 de mayo de 2013	30 de septiembre de 2013	Sin interrupción
8	6659 de 2013	1 de octubre de 2013	31 de octubre de 2013	Sin interrupción
9	9380 de 2013	1 de noviembre de 2013	7 de enero de 2014	Sin interrupción
10	00092 de 2014	8 de enero de 2014	31 de agosto de 2014	Sin interrupción

11	05755 de 2014	1 de septiembre de 2014	30 de noviembre de 2014	Sin interrupción
12	09245 de 2014	1 de diciembre de 2014	15 de enero de 2015	Sin interrupción
13	00112 de 2015	16 de enero de 2015	31 de mayo de 2015	Sin interrupción
13	03045 de 2015	1 de junio de 2015	30 de septiembre de 2015	Sin interrupción
14	04996 de 2015	1 de octubre de 2015	30 de noviembre de 2015	Sin interrupción
15	06457 de 2015	1 de diciembre de 2015	31 de enero de 2016	Sin interrupción
16	00520 de 2016	1 de febrero de 2016	31 de mayo de 2016	Sin interrupción
17	02116 de 2016	1 de junio de 2016	31 de agosto de 2016	Sin interrupción
18	004991 de 2016	1 de septiembre de 2016	31 de diciembre de 2016	Sin interrupción
19	003112 de 2017	2 de enero de 2017	30 de abril de 2017	Sin interrupción

Cabe precisar entonces que la celebración de contratos de prestación de servicios no fue interrumpida por algún lapso de tiempo de más de treinta (30) días hábiles, término establecido por el H. Consejo de Estado en sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021 proferida el 09 de septiembre de 2021 para contabilizar la pérdida de solución de continuidad; por lo anterior no hay prescripción entre los contratos de prestación de servicios celebrados por la demandante con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

Igualmente, en el citado certificado se especifican las actividades de un auxiliar de farmacia así: “ *apoyar el proceso de recepción del pedido y su respectivo almacenamiento de acuerdo a los requisitos técnicos aplicables, incluido el control de condiciones ambientales y de fechas de vencimiento, apoyar el manejo del*

inventario asignado y gestionar la adecuada rotación del mismo, realizar la distribución intrahospitalaria de los medicamentos e insumos médicos requeridos por los servicios, interpretar, alistar y entregar correcta y oportunamente la formula médica recibida en la farmacia, dar información únicamente sobre el uso del medicamento como la descripción y cantidades, horarios, conservación y hábitos higiénicos en la toma del medicamento”.

- b)** Copia de la petición de **29 de junio de 2017 con radicado 201703510120262**, por medio de la cual la demandante solicitó el reconocimiento de los derechos laborales, ver folios 17-25 del archivo 02 del expediente digital.
- c)** Copia del Oficio **OJU-E-1389- 2017 de 24 de julio de 2017**, por medio de la cual la entidad demandada, niega el reconocimiento y acreencias laborales solicitadas por la parte actora, ver folios 28-40 del archivo 02 del expediente digital.
- d)** Copia de un expediente disciplinario **No. 002-2015-USS** Vista Hermosa, donde aparece la demandante, Nelsy Rodriguez Cruz, ver archivo 05 del expediente digital.
- e)** Certificación **CO-OPS-FT-22V1** expedida por la directora de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, por medio de la cual se especifican las obligaciones contractuales de la demandante así: *“apoyar el proceso de recepción del pedido y su respectivo almacenamiento de acuerdo a los requisitos técnicos aplicables, incluido el control de condiciones ambientales y de fechas de vencimiento, apoyar el manejo del inventario asignado y gestionar la adecuada rotación del mismo, realizar la distribución intrahospitalaria de los medicamentos e insumos médicos requeridos por los servicios, interpretar, alistar y entregar correcta y oportunamente la formula médica recibida en la farmacia, dar información únicamente sobre el uso del medicamento como la descripción y cantidades,*

horarios, conservación y hábitos higiénicos en la toma del medicamento”.

Ver archivo 53 del expediente digital.

Ahora bien, como lo que se debate en esta contienda es determinar si efectivamente existió una relación laboral entre el demandante y el extremo pasivo, se estudiarán por separado los tres elementos configurativos de la relación laboral.

- **De la prestación personal del servicio**

De acuerdo con las pruebas aportadas, practicadas e incorporadas al expediente, se demostró que la accionante prestó en forma personal sus servicios en desarrollo de los contratos suscritos con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E; asimismo se pudo colegir de acuerdo a los testimonios recibidos, que desempeñó sus labores como auxiliar de farmacia y que dentro de sus funciones se encontraba el despacho de medicamentos a pacientes en urgencias, pediatría y maternidad, lo anterior da cuenta que la actividad debía realizarse de manera personal, además fueron coincidentes en mencionar que la demandante trabajaba en una farmacia pequeña dentro del hospital, la cual despachaba los medicamentos que se necesitaran de manera urgente.

De igual manera, como los contratos de prestación de servicios se realizaron *intuito personae*, dada la formación profesional de la demandante, no hay duda de que la ejecución fue cumplida personalmente por esta. Además, este aspecto no lo discuten las partes, como tampoco obra prueba de delegación alguna. Por lo tanto, se encuentra demostrado el *primer elemento* de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio.

- **De la Remuneración**

De la certificación expedida por la entidad demandada³ se pudo constar que la demandante recibió como contraprestación de sus servicios lo siguiente:

³ Ver archivo 03 folio 14 del expediente digital

No. de contrato	Valor del contrato
0224 de 2012	\$1.968.600
1992 de 2012	\$5.790.000
2924 de 2012	\$1.100.000
3652 de 2012	\$2.200.000

Igualmente, se estableció que la señora Nelsy Rodriguez Cruz fue contratada para desarrollar las funciones establecidas en cada uno de los contratos a cambio de una contraprestación que varió de acuerdo al término de ejecución y vigencia de los contratos, confirmándose el elemento de la *remuneración*.

Lo anterior se puede constatar en los sendos contratos celebrados entre la demandante y la entidad demandada. Por las razones expuestas, no existe duda que la demandante reciba un salario como contraprestación del servicio prestado al hospital.

- **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, el reconocimiento de la relación laboral se fundamenta a partir de las funciones desarrolladas por la demandante en la hoy Subred Integrada de

Servicios de salud Sur E.S.E, como *auxiliar de farmacia* las cuales si bien cumplió de manera reiterada, por varios años, dentro de la sede de la entidad- *actividad intramural*-, fueron ejecutadas bajo órdenes impartidas por personal de planta, relativas específicamente en relación con su labor como era la entrega de medicamentos a pacientes y la atención a los programas de adulto mayor.

Adicionalmente, los testigos en sus declaraciones coinciden en que la demandante, debía cumplir con todas y cada una de las labores encomendadas, como quiera que el incumplir con alguna de las metas, era causal de amonestaciones; además la misma debía acatar las órdenes de los coordinadores y ejecutar las labores con indicaciones de sus superiores; también, debía obedecer y atender las órdenes impartidas frente a las actividades que debía realizar como auxiliar de farmacia, labor por demás que no tiene sentido interpretar de manera aislada al ejercicio de la medicina, y en general, a la prestación del servicio de salud, propias de la actividad misional de la entidad.

En consecuencia, al confrontar los testimonios que obran como prueba dentro del expediente, se puede constatar que, en el caso concreto, está demostrada la subordinación por cuanto:

- a.** A minuto 25:20 la testigo señaló que dentro del hospital existían personas que realizaban las mismas funciones de la demandante y eran empleados de planta.
- b.** A minuto 26:35 la testigo indicó al despacho que el horario laboral de la demandante era de 7:00 am y 5:00 pm, por cuanto era el horario de servicio farmacéutico.
- c.** Igualmente, las testigos señalaron que la demandante siempre prestó sus servicios de forma personal, como quiera que era la encargada de la entrega de los medicamentos en urgencias, minuto 29:34.

- d.** A minuto 30:21 señaló que había un coordinador que era el encargado de exigir el cumplimiento de horarios y la prestación del servicio, como quiera que la demandante desempeñaba sus funciones en una zona roja, por lo tanto debía seguir las instrucciones de su jefe, minuto 31:00.
- e.** A minuto 32:05 señaló que habían llamados de atención por incumplimiento de funciones y horarios, dada la complejidad de las actividades que desempeñaban, como era la entrega de medicamentos en urgencias.
- f.** A minuto 32:22 señaló que los llamados de atención podían ser verbales o escritos.
- g.** A minuto 34:58 señaló la testigo que la demandante tuvo un llamado de atención por unos medicamentos vencidos que no se reportaron.
- h.** A minuto 44:31 la testigo señaló que para organizar los reemplazos debían tener la autorización del coordinador de área.

Para esta sede judicial, estos elementos desdibujan la relación contractual pretendida por la entidad y desvirtúan la esencia de la contratación por servicios para encubrir una verdadera relación laboral, pues desacreditan la relación de coordinación presunta entre contratante y contratista para en su lugar manifestar tal encubrimiento por haberse configurado los elementos señalados por la legislación e incluso la Jurisprudencia en materia de contrato realidad.

Por demás, 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, bajo criterios propios de la entidad y en las circunstancias por ella establecidas.

Así las cosas, de las pruebas documentales, especialmente con la certificación aportada por la entidad, y de lo narrado por los testimonios rendidos en audiencia de pruebas, se pudo establecer que las labores desempeñadas por Nelsy Rodriguez Cruz, eran impuestas por la entidad, sin posibilidad de modularlas o delegarlas *motu proprio*.

También 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, es decir, para cumplir funciones permanentes y misionales de la misma.

Es importante señalar que todos los contratos celebrados por la demandante con la entidad demandada, señalaban que además de cumplir con las funciones estipuladas en cada uno de ellos, la señora Nelsy Rodriguez cruz debía: “*apoyo a los procesos asistenciales como química farmacéutica*”; **que en el caso bajo examen, corresponde a los servicios como auxiliar de farmacia, propias de la actividad misional del hospital.**

Debe destacar esta judicatura que las actividades desempeñadas por la demandante son propias de la misionalidad de la entidad, las cuales se encuentran enlazadas con las desempeñadas por un auxiliar de salud o de enfermería, en tanto, la señora Nelsy Rodriguez Cruz, debía entregar medicamentos a pacientes, validar las prescripciones medicar, valorar a las personas de la tercera edad, como también estar pendiente de los medicamentos que necesitaran los galenos de la entidad en alguna urgencia que se presentara. Es importante señalar lo que ha interpretado la Corte Constitucional en sentencia T- 388 de 2020⁴ : “*Dada la naturaleza de las funciones de auxiliar de enfermería, se puede deducir que esta función no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que “quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios”*. Además, la actividad que se desarrolla por

⁴ Referencia: Expediente T-7.745.031, Acción de tutela presentada por Lucy Caycedo Chala contra el Hospital Comunal Las Malvinas E.S.E, Magistrada ponente: DIANA FAJARDO RIVERA, Bogotá, D.C., tres (3) de septiembre dos mil veinte (2020)

un auxiliar de enfermería no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud”.

De lo anterior se deduce que la demandante en su condición de contratista cumplía las mismas funciones que un auxiliar de farmacia o quien ejerciera funciones similares o equivalente en la planta de personal 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 de la demandante no fue para suplir actividades transitorias, sino que la misma, perduró por aproximadamente 5 años, tal como quedó probado con los contratos celebrados y con la tabla ilustrativa en el acápite de pruebas.**

Entonces, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, al ser una Empresa Social del Estado que presta los servicios de salud (artículos 194-197 de la Ley 100 de 1993), para el desarrollo de su función permanente requiere de **auxiliares de farmacia** o de cargos que ejerzan funciones equivalentes o similares, cargos que en efecto, están creados en la planta de personal de la entidad y que también desempeñaba la demandante en calidad de contratista, por lo cual, no era procedente por el carácter permanente de las labores ejercidas, de modo que, la demandante dejó de ser contratista y se convirtió en una persona que desarrolló sus actividades bajo la realidad de sucesivos contratos laborales.

Es preciso afirmar, en este punto, que a la presente controversia le es aplicable el principio de “primacía de la realidad sobre formalidades”, pues es indudable que la señora Nelsy Rodriguez Cruz 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 estaba sujeta 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 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 también es claro que la continuidad en la prestación de los servicios de auxiliar de farmacia de la señora Nelsy Rodríguez Cruz, le brinda un carácter de permanente, de lo que se puede colegir que sus servicios como auxiliar no eran propios de un contrato de suministro de servicios, sino de una relación laboral entre las partes.

Es importante recalcar que el deber de la entidad demandada no solo radica en prestar atención al usuario cuando esté enfermo o cuando requiera un procedimiento médico, sino la de prestar servicio integral en asesorías, programas, planes y proyectos, que vayan encaminados a la prevención de enfermedades o acciones que pongan en peligro la vida de los ciudadanos, esto de conformidad con el Manual de Funciones y deberes de la entidad, Acuerdo No. 010 de 2017, de 6 de abril de 2017⁵.

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 en el tiempo.

Empero, es imperioso precisar que como se indicó en el acápite de normas y precedente jurisprudencial aplicable, el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir a la demandante la condición de empleado público, puesto que dicha calidad no se otorga por el sólo hecho de trabajar para el

⁵ <https://www.subredsur.gov.co/content/funciones-y-deberes>

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 acto administrativo OJU-E-1389-2017 de 24 de julio de 2017, por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral con la demandante desde el **12 de enero de 2012 hasta el 30 de abril de 2017**⁶, salvo sus interrupciones.

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

Adicional a lo anterior, la jurisprudencia del máximo Tribunal Contencioso Administrativo ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones⁷, porque de lo contrario se afectan los derechos del trabajador.

De conformidad con lo planteado por el Consejo de Estado en la sentencia de SUJ-025-CE-S2-2021 proferida el 09 de septiembre de 2021, 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.

3.9 De la prescripción

El Consejo de Estado en Sentencia de Unificación, estableció de manera específica la regla jurisprudencial respecto a la cual, quien pretenda el reconocimiento de la

⁶ Ver certificación laboral archivo 38 folio 1-5

⁷ 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.

relación laboral con el Estado y en consecuencia, exija el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de (3) tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

Para tal efecto, se retoma la tesis según la cual deberá evaluarse la continuidad en la ejecución de los contratos a fin de determinar en qué periodos esta se pierde para con ello evaluar si sobre ciertos periodos ha operado el fenómeno de la prescripción por la no reclamación de los derechos laborales en el término de tres años. En consecuencia, se entenderá que aquella continuidad se pierde cuando ha transcurrido un periodo razonable entre uno y otro periodo de ejecución contractual.

Ahora bien, respecto del término de interrupción que debe tenerse en cuenta para que pueda afirmarse válidamente que no existió vocación de permanencia, y por ende que se verifica la pérdida de la solución de continuidad entre uno y otro contrato, la Alta Corporación unificó dentro de sentencia del 9 de septiembre de 2021 el período que interrumpe dicha solución, estableciendo un término de **30** días hábiles como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios⁸.

De conformidad con lo anterior, cabe precisar que en el acápite de pruebas de la presente providencia, se determinó que entre la fecha de celebración de cada uno de los contratos se verificó que no hubo pérdida de solución de continuidad **entre uno y otro contrato**. Según lo probado en el proceso la parte actora inició su relación contractual a partir del **12 de enero de 2012** con el contrato no. 0224 de 2012 y

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Carmelo Perdomo Cuéter. Bogotá, D. C., 9 de septiembre de 2021. Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016) [...] En la sentencia en mención, la Sala indicó que en estos eventos se deberá analizar la prescripción respecto de la fecha de finalización de cada uno de ellos, acogiendo el término de treinta (30) días como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, sin que ello impida tener en cuenta un mayor período de interrupción, siendo relevante según cada caso concreto.

mantuvo su vínculo con la entidad demandada con sendos contratos de prestación de servicios que se renovaron hasta el **30 de abril de 2017** con el contrato 003112 de 2017; por lo tanto, y de acuerdo con la sentencia de unificación antes transcrita se debe analizar el vínculo y establecer si operó o no el fenómeno de la prescripción, teniendo en cuenta que la señora Nelsy Rodriguez Cruz presentó reclamación ante la Subred Integrada de Servicios de salud Sur E.S.E, el **29 de julio de 2017, radicado No. 20170351010262**, tal como se observa a folio 17 del archivo 02 del expediente digital, es decir, dentro de los 3 años siguientes a la terminación de su último contrato.

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 **Nelsy Rodriguez Cruz**, tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por un **auxiliar de farmacia** de planta de la entidad por el periodo comprendido entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017**, fecha en que terminó el último contrato, en consideración a que no operó la 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 **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017** periodo de desarrollo de los contratos de prestación de servicios, 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*

*propriadamente 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 **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017**, 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 pensión del demandante, la entidad deberá tener en cuenta que dentro de la planta de la entidad se encuentra creado el cargo de auxiliar de enfermería, por lo tanto el IBC deberá calcularse con el salario percibido por el cargo citado.

La liquidación de aportes para pensión se deberá efectuar mes a mes y de existir diferencias entre los aportes realizados por el demandante en calidad de contratista y los que se debieron efectuar, el Hospital deberá realizar las cotizaciones al respectivo fondo de pensiones de la suma faltante por concepto de aportes a pensión en la cuota parte que le correspondía como entidad empleadora esto es el 12% y a la demandante le corresponde aportar el 4%, de existir diferencias en los aportes que se debieron efectuar la demandada deberá trasladar a las entidades de seguridad social a la cual cotiza la demandante.

Para lo anterior, el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

4. 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 Estado⁹.

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

5. 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.

⁹ 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.

6. Del Restablecimiento del derecho.

Ahora bien, frente al restablecimiento del derecho la prerrogativa que otorga la declaratoria del contrato realidad no puede ser otra que el pago de una indemnización, sin que dicho reconocimiento convierta automáticamente al accionante en un empleado público, como así lo ha entendido el H. Consejo de Estado¹⁰ y a su vez de conformidad con la posición que ha venido adoptando la Corte de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como restablecimiento del derecho se ordenará a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E el pago de las prestaciones sociales devengadas por un servidor público que ejerza las mismas funciones o similares, pero con base en los honorarios pactados dentro del contrato de prestación de servicios, durante el período comprendido entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017**.

Factores cuyo reconocimiento se niega: Advierte esta instancia judicial que no es dable incluir en dicha liquidación los siguientes factores; por lo cual se **negará** su reconocimiento, así:

1. El monto de las vacaciones, ya que las mismas constituyen un descanso remunerado y por lo tanto no tienen la connotación de prestación salarial.
2. Prestaciones sociales o primas extralegales pactadas mediante Convención Colectiva, pues las mismas son propias de los trabajadores oficiales y no aplicables a servidores públicos.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.” “El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas. Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, **el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios**, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”.

3. El pago del trabajo suplementario (horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos), el auxilio de cesantías, al pago de prima de vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, intereses de las cesantías, auxilios de transportes, auxilios de alimentación, sanción moratoria, compensación en dinero de las vacaciones debidas, al pago de subsidios familiares, compensación en dinero del calzado y vestido y el pago de la indemnización plena de perjuicios por despido injusto.

4. Finalmente cabe precisar que al ser la sentencia constitutiva de derecho, sobre las cesantías reconocidas no hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios señalados en la Ley 244 de 1995, pues no se puede predicar mora con anterioridad a que se configure el derecho, que solo surge a partir de la ejecutoria de esta sentencia, menos aún podría este despacho reconocer la sanción contenida en la Ley 50 de 1990, pues no podría existir mora sobre derechos que hasta ahora se están reconociendo.

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

- i) Pagar a la señora **Nelsy Rodríguez Cruz** las correspondientes prestaciones sociales (liquidadas con base en el sueldo devengado por los servidores de planta que ostentan el mismo cargo que desempeñó la demandante o que ejerzan funciones equivalentes o similares, durante el

periodo comprendido entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017** por cuanto no operó la 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 SUJ-025-CE-S2-2021 proferida el 09 de septiembre de 2021.

En consecuencia, la entidad demandada deberá tomar, durante los citados periodos, comprendidos entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017**, salvo sus interrupciones, el ingreso base de cotización (IBC) pensional del demandante como ya se indicó, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleadora.

Para efectos de lo anterior, la parte actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

(iii) Se declarará que el tiempo laborado como *auxiliar de farmacia*, bajo la modalidad de contratos y órdenes de prestación de servicios con la Subred Integrada de servicios en Salud- Sur E.SE, durante el periodo comprendido entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017**, 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:

$$R = \frac{R_h \text{ índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

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.

De las costas. Siguiendo en este punto la sentencia de la sección segunda del 18 de julio de 2018¹¹, tenemos que:

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

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

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

d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según la parte vencida sea el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura)

¹¹ 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)

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

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

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

En consecuencia y de conformidad con lo expresado por la jurisprudencia transcrita, encuentra este Despacho que no se observó ninguna actitud temeraria por parte del extremo activo, aunado a que las actuaciones adelantadas por 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 CGP.

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, las normas y los supuestos fácticos de la demanda, el despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda deben prosperar en la forma indicada, en cuanto que el acto administrativo demandado es nulo por haberse expedido con desconocimiento de las normas superiores invocadas, desvirtuando así la presunción de legalidad que lo amparaba.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Dieciséis (16) Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial De Bogotá D.C.** en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Nelsy Rodriguez Cruz, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.971.231 y la Subred Integrada de Servicios en Salud Sur E.S.E, se configuró una relación laboral de naturaleza pública durante el periodo

comprendido entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017** fecha en que terminó el último contrato, con ocasión de la ejecución de los contratos de prestación 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 acto administrativo **OJUE- 1389 de 2017, radicado No. 201703170046091 de 24 de julio de 2017**¹², por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral con la demandante, así como el pago de todas las prestaciones laborales y sociales.

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 **Nelsy Rodriguez Cruz**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.971.231, las prestaciones salariales y sociales y demás emolumentos legales dejados de pagar, equivalentes a los que corresponda al cargo de auxiliar de farmacia o del cargo que ejerza funciones similares o equivalentes de la planta de personal de la entidad, en el periodo comprendido entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017**, 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 señora Nelsy Rodriguez Cruz, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.971.231, los aportes **pensionales** correspondientes al periodo entre el **12 de enero de 2012** hasta el **30 de abril de 2017**, 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 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

¹² Ver folio 38 del archivo 02 del expediente digital.

faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como entidad empleadora. Así mismo el demandante debe acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en caso de no haberlas realizado o que existieran diferencias en su contra, tendrá la carga de completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

QUINTO: 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: Negar las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: 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.

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: 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

BLANCA LILIANA POVEDA CABEZAS
JUEZ

Firmado Por:

Blanca Liliana Poveda Cabezas
Juez
Juzgado Administrativo
016
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

7e03118fd1284a933dd98be39d5a4d8127e28e2c5eeca71ae99b6eda4c1
9e2

Documento generado en 22/02/2022 11:15:54 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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