



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

Correo único de raditaciones: correscanbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de abril de dos mil veintidós (2022)

Expediente	11001-33-035-025-2019-00388-00
Demandante	HELBER RODRIGO ROJAS GACHA
Demandada	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA
Medio de Control	Nulidad y Restablecimiento del Derecho –Contrato Realidad-

I. OBJETO.

De conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Decreto 806 de 2020 y no avizorando causal que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir la **SENTENCIA** que en derecho corresponda, conforme con lo siguiente:

II. LA DEMANDA.

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento de derecho, la señora **HELBER RODRIGO ROJAS GACHA**, a través de apoderado judicial, deprecia la nulidad del **oficio 11-2-2019-038399 del 13 de mayo de 2019**, mediante el cual el SENA, le negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales, que afirma se causaron **entre el 20 de junio de 2008 al 2016**, lapso durante el cual considera se configuró una relación laboral que devino en un contrato realidad.

A título de **restablecimiento del derecho** solicitó el pago de las prestaciones sociales, tales como primas, bonificaciones, cesantías, intereses a la misma, viáticos, cotizaciones pensionales causadas durante todo el tiempo laborado a la actualización de las sumas condenadas de conformidad con el artículo 187 del CPACA, al cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 ibidem y a la condena en costas.

1. Fundamentos fácticos:

1. El demandante, en su condición de INSTRUCTOR celebró contratos de prestación de servicios sucesivos, habituales con el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE - SENA, entre el año 2008 y el año 2016.

2. Que el demandante ejecutó la prestación en forma personal, constante e ininterrumpida, bajo subordinación, dependencia técnica y administrativa en el área de formación titulada o complementaria de forma presencial o virtual en los programas del área de electricidad, electrónica, biomédica, refrigeración, telecomunicaciones, teleinformática y gestión de proyectos para los sectores industrial y de servicios, cumpliendo un horario y programación académica impuesta por el Coordinador Académico de planta del SENA. Existiendo interrupciones que obedecen al calendario académico que el director del SENA mediante resolución establece todos los años

3. Que el **07 de mayo de 2019**, petitionó ante el ente demandado el reconocimiento y pago de todas las acreencias laborales a que cree tener derecho, petición resuelta en forma negativa mediante **oficio 11-2-2019-038399 del 13 de mayo de 2019**, acto demandado.

b. Normas violadas y concepto de la violación

Invocó como **normas violadas** las siguientes:

Constitucionales: Artículos 1, 13, 25, 38, 39, 40, 53 y 125.

Legales: Ley 734 de 2002 790 de 2002, 909 de 2004, 80 de 1993
Decretos 2400 de 1968, Decreto 1950 de 1973

Concepto de violación:

Citó la sentencia de la Corte Constitucional C-145 de 1997 y manifestó que allí se indicó que la vigencia del contrato de prestación de servicios es de naturaleza temporal y únicamente puede contratarse cuando las actividades no pueden realizarse con personal de planta en aras de hacer prevalecer el interés general, por tanto, en el presente caso el SENA al contratar al actor por 8 años en forma permanente para realizar tareas de capacitación igual a las desarrolladas por funcionarios de planta y en labores no altamente especializadas y que pudo ejecutar con personal de planta vulneró en inciso 4 del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 y

su reforma hecha por el decreto 3064 de 1968, generando graves perjuicios al trabajador al desconocerse las obligaciones que generan una relación laboral.

Indicó que el Estado a través del SENA fomenta una forma de contratación atípica disfrazando una relación laboral por una contratación estatal de contratación de servicios para evitar el pago de todas las obligaciones que se desprenden de la relación laboral, sin embargo en esta modalidad concurren todos los elementos propios de una relación laboral, lo cual se vislumbra en la cláusula primera de cada contrato.

Sostuvo que las actividades desarrolladas por el actor como instructor conforman la misión esencial de la entidad previstos en la Ley 119 de 1994, denotándose con ello la ausencia de personal de planta para llevar a cabo tales actividades.

Como sustento de sus argumentos trajo a colación la sentencia de unificación del Consejo de Estado del 16 de agosto de 2016, radicado 23001233300020130026001.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sostuvo que las relaciones de coordinación entre el SENA y el demandante no implican la existencia de elementos de subordinación producto de las relaciones laborales, pues lo que busca la coordinación es garantizar la efectiva prestación del servicio contratado y en muchas ocasiones como en el presente asunto se requiere que el servicio sea prestado en determinado horario y en las instalaciones del SENA por tratarse de actividades de apoyo de gestión para el área educativa y certificación académica, cubriendo necesidades, desarrollando formación titulada o complementaria en el programa de virtualización.

Consideró que el hecho que el actor en su calidad de contratista instructor haya tenido que rendir una serie de informes para verificar el cumplimiento de las actividades a su cargo, de ninguna manera puede entenderse como subordinación o dependencia, puesto que si se le da dicho alcance se llegaría a concluir que cualquier contrato de prestación de servicios se desnaturaliza por esa razón.

Manifestó que la contratación de instructores a través de la modalidad de prestación de servicios se genera a partir de la demanda en la inscripción de estudiantes la cual

es variable en los diferentes periodos académicos, en razón a ellos las labores no alcanzan a cubrirse con personal de planta y para este caso tanto la Ley 80 de 1993 como el Decreto 2400 de 1968 autoriza la contratación por prestación de servicios, lo anterior impide que la entidad tenga en planta permanente los cargos que eventualmente no lleguen a tener carga de trabajo permanente o que la preparación del personal de planta no corresponda a la demanda y las necesidades de las funciones correspondientes.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Los alegatos de conclusión fueron rendidos en la audiencia de pruebas de la siguiente manera:

4.1 Parte demandante.

El apoderado de la parte actora manifestó que están claros las diferencias entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, uno de ellos el tiempo de duración el cual debía ser muy corto situación que no se da en el presente caso pues se extendió del 2008 al 2016, contrariando la Ley 80 de 1993.

Lo que quiso el SENA fue ocultar una verdadera relación laboral, no hubo intemporalidad conforme lo dispone la jurisprudencia.

De otro lado, no se cumple con la autonomía e independencia, pues el actor debía cumplir horarios y que cátedra dictar, unas competencias académicas que debía acreditar para recibir el salario.

No tenía capacidad de decisión frente a la prestación del servicio, lo que contraría la esencia del contrato de prestación de servicios.

Está demostrado que debía cumplir el horario, asistir a reuniones, escuchar las instrucciones del SENA, características que rebasan una prestación de servicios.

Que están demostrados los tres elementos que sumamos a las características expuestas dan para concluir que está probada la relación laboral.

Que en los contratos están inmersos aspectos que determinan la subordinación pues están las obligaciones a cumplir.

El hecho que no haya personal de planta no excusa a las entidades para contratar de manera formal no a través de prestación de servicios ejecutando un concurso y cumplir con la carga de prestar el servicio a ella encomendado legalmente.

Que en el presente caso debido a que se trata de docencia o educación no se debe tener en cuenta la interrupción de 15 días que normalmente se aplica, pues es una actividad diferente que se presta en 10 meses, aspecto que ha dejado claro el Consejo de Estado en sentencia de 2014.

Concluye probada la relación laboral y solicita se acceda a las pretensiones.

4.2 Parte demandada.

No compareció a la audiencia.

El señor Agente del Ministerio Público guardó silencio.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Este Despacho es competente para decidir el asunto en primera instancia, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo con lo normado por los artículos 155, 156 y 157 del CPACA, en su redacción vigente¹.

Por consiguiente, sin que se advierta o evidencie causal alguna de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede este Juzgado a proferir la sentencia que en derecho corresponda

5.2. Problema jurídico.

¹ Los citados artículos fueron modificados por la Ley 2080 de 2021, promulgada el 25 de enero de 2021. Empero, de conformidad con las disposiciones sobre su propia vigencia, contenidos en el artículo 86 de aquella, "rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada [esa] ley".

El litigio gira, principalmente, en torno a establecer si hay lugar a la declaratoria de existencia de un CONTRATO REALIDAD DE NATURALEZA LABORAL entre el SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA., y el señor HELBER RODRIGO ROJAS GACHA quien fungió como INSTRUCTOR, en consecuencia, si tiene derecho a que se le reconozca y pague en forma indexada los salarios y prestaciones sociales y demás emolumentos a que haya lugar, que pudieron causarse durante su relación contractual con la demandada, que afirma, sucedió entre los años 2008 al año 2016.

Igualmente se deberá establecer, como problema jurídico subsecuencial, si la prescripción tiene que ver con términos de una sentencia declarativa o constitutiva.

También es necesario establecer dentro del presente proceso, la calidad que subyace en cuanto al contratista y contratante, es decir, si tiene la calidad de empleado público o no, de conformidad con la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

5.3. Normativa aplicable. Configuración de relaciones de trabajo subordinadas con el Estado suscitadas en el marco de la ejecución de contratos administrativos de prestación de servicios - Principio de primacía de realidad sobre las formalidades: efectos y prerrogativas.

Para resolver los precitados problemas jurídicos principales y secundarios, se tendrá en cuenta que el régimen aplicable y lo dispuesto por el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial [CE-SUJ2-005-16](#)².

Sea lo primero advertir que, la contratación de servicios personales por parte de los órganos y entidades del Estado se encuentra regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:

"[...] ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

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

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016; expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01[0088-15]; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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 norma en cita fue examinada por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, oportunidad en la que determinó, entre otros aspectos, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, así:

“El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la 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.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que 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.

En síntesis, 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.”

Posteriormente, ese Alto Tribunal³ determinó los criterios que permiten establecer o diferenciar lo que constituye una actividad permanente, al precisar que:

“[...] la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren [i] **al criterio funcional**, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública [artículo 121 de la Constitución]”; [ii] **al criterio de igualdad**, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; [iii] **al criterio temporal o de habitualidad**, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; [iv] **al criterio de excepcionalidad**, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y [v] **al criterio de continuidad**, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.”

Entonces, es viable afirmar que el contrato de prestación de servicios es el que celebran las entidades estatales para el desarrollo actividades de administración o funcionamiento que sólo pueden celebrarse con personas naturales, siempre que esas actividades no puedan realizarse con personal de planta o se requiera de

³ Sala Plena de la Corte Constitucional, Expediente No. D-8666, Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012, M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

conocimientos especializados. Así mismo, se tiene que dichos contratos no generan relación laboral ni obligan al pago de prestaciones sociales, su extensión debe ser sólo por el término indispensable y no pueden prorrogarse indefinidamente. Por ende, fluye con claridad que las relaciones de trabajo y el contrato de prestación de servicios son formas jurídicas de vinculación que tienen características distintas, de manera que no son asimilables o confundibles, y por tal razón, la contratación administrativa no puede ser utilizada para encubrir vínculos laborales ni eludir el pago de prestaciones sociales.

No obstante, la misma Corte Constitucional⁴ ha “constatado” que “*los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplía la figura del contrato de prestación de servicios, en algunos casos para enmascarar relaciones laborales y evadir el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado, además, la excepcionalidad de este tipo de contratación*”, contexto en el cual, “*las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas a las que acudan los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral. Razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado*”.

En consonancia con lo anterior, y a propósito de la aplicación del principio de realidad y los elementos esenciales de toda relación de trabajo, el Consejo de Estado⁵ ha dicho:

[...] La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto

⁴ Sentencia SU-40 de 10 de mayo de 2018.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, Bogotá, D.C., cuatro [04] de febrero dos mil dieciséis [2016], Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01[1149-15]

es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público 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 vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral [...].”

Igualmente, en sentencia de unificación jurisprudencial [CE-SUJ2-005-16](#)⁶, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de 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.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda³⁹ recordó que [i] la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; [ii] le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y [iii] por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión.”

De lo anterior resulta claro que si bien el ordenamiento legal permite celebrar contratos de prestación de servicios profesionales de apoyo a la gestión de las entidades públicas, esta modalidad de contratación no debe servir de cortina para disfrazar una auténtica relación de carácter laboral, pues de ser así, surgen, en forma inmediata, los derechos para el contratista de acceder al reconocimiento y pago de

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda; Sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 de 25 de agosto de 2016; expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01[0088-15]; C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

los derechos y prerrogativas propios de una relación laboral, especialmente en aquellos casos en los cuales se trata de atender actividades consustanciales al giro ordinario u objeto social del ente contratante; es decir para suplir necesidades administrativas permanentes, necesarias e indispensables para la consecución de sus fines.

Así pues, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la parte interesada demuestre los elementos esenciales de la misma, esto es, que la actividad haya sido **prestada de manera personal**, es decir, por sí mismo; que por dicho oficio haya recibido una **remuneración** o pago; y, además, que en la relación con el empleador exista continua **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al prestador del servicio 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 vínculo. De estos tres elementos, el de **subordinación** resulta ser el de mayor relevancia, toda vez que marca la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral.

Anótese que, además de los tres elementos de la relación laboral, también es necesario demostrar la **permanencia**, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la **equidad o similitud**, que constituye el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia⁷, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Por consiguiente, la prosperidad de las pretensiones en casos como el presente, en los que se alega el encubrimiento de relaciones laborales a través de la figura de contratación administrativa de servicios y se requiere la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, debe determinarse conforme al análisis y valoración de las pruebas aportadas, de las cuales se decantará si realmente existió o no la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del trabajo, y, especialmente, si el reclamante estuvo sometido a la continua subordinación y dependencia de la Administración. Lo anterior, sin perjuicio

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

de las presunciones y cargas probatorias establecidas por el Consejo de Estado en los casos que entrañan el desarrollo de ciertas actividades específicas.

5.4. Pruebas recaudadas.

5.4.1. Documentos allegados con la demanda:

Fueron relacionadas como aportadas con la demanda las siguientes pruebas relevantes:

- Copia el oficio del 11 de noviembre de 2019 N° 025438 del 7 de mayo de 2019, por la cual se hace la reclamación laboral.
- Copia del oficio N° 11-2-2019-038399 del 13 de mayo de 2019, mediante el cual el SENA niega el pago de las prestaciones sociales y la seguridad social y demás derechos derivados de la relación laboral existente entre el accionante y el SENA producto de la ejecución de los contratos como instructor desde el año 2008 hasta el 2016.
- Copia contratos ejecutados y adiciones.
- Certificación con funciones de contratos ejecutados.
- Copia de certificado de pagos.
- Copia de manual de funciones específicas de instructores SENA de SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN de la resolución 1302 del 2015.
- CD en el que se evidencian los antecedentes administrativos del demandante.
- Contratos de prestación de servicios.

5.4.2. Testimonios ⁸.

Igualmente se decretó y practicó el testimonio de **NÉSTOR GUILLERMO MONTAÑO GÓMEZ**, el cual fue desarrollado de la siguiente manera:

A los interrogantes del Despacho, Luego de los generales de ley indicó:

Preguntado: Tiene familiaridad o afinidad con el demandante

Contestó: No

Preguntado: Tiene demanda contra el Sena

Contestó: Si

Preguntado: En qué estado esta

Contestó: Ya con sentencia

Preguntado: Hace cuanto conoce al actor

Contestó: Desde el 2008

Preguntado: Donde lo conoció

Contestó: En el SENA

Preguntado: Como

⁸ Registro en vídeo disponible en los siguientes link:

<https://playback.lifefsize.com/#!/publicvideo/5f8e5a82-b1bd-403c-b7e1-131d136a0854?vcpubtoken=75577c41-a31e-4d46-984c5c7d54ae7506>

Contestó: En la unidad de informática del SENA, compartimos labores como ingenieros allí.

Preguntado: Cuando el llego en qué condiciones llegó

Contestó: Como instructor contratista

Preguntado: Que le tocaba hacer

Contestó: Dar clases

Preguntado: Como hacia esa labor

Contestó: Se hace por trimestres, las labores de docencia, cumpliendo un horario de 7 a 12, en la tarde y en la noche

Preguntado: Como se distribuían esas horas

Contestó: 4 horas en la semana

Preguntado: Tenía un horario determinado

Contestó: Si era determinado para cada docente un horario, le asignan unas horas semanales por grupo, unas por la mañana, luego en la tarde. Es diferente a lo que normalmente ocurre en la educación.

Preguntado: Cuantos instructores de la misma especialidad del actor había

Contestó: 30

Preguntado: De la misma especialidad

Contestó: Si

Preguntado: Como estaban vinculados

Contestó: por contrato, y de planta

Preguntado: Y esos de planta hacían lo mismo

Contestó: Si, solo que ellos no tenían clase por las tardes y las noches

Preguntado: Que debían hacer para cobrar el salario

Contestó: Informe de actividades y pago de seguridad social

Preguntado: Habían coordinador para rendir informe

Contestó: Si, tocaba hacerlo por el programa Sofía plus

Preguntado: Los coordinadores les daban órdenes diferentes a lo suscrito en el contrato

Contestó: No

Preguntado: Amonestaron al actor

Contestó: No

Preguntado: Como se controlaba el horario

Contestó: No había un control estricto, el coordinador pasaba y verificaba si se estaba prestando el servicio y si había requerimiento se lo hacía. Pero no había informe de entrada o salida

Preguntado: La prestación del servicio siempre fue en el aula o en otro lado

Contestó: Siempre en el aula

Preguntado: Tenían que calificar a los alumnos

Contestó: Si, evaluaciones, quiz. Había tres ítems para evaluar y eso se refleja en la plataforma Sofía plus donde se ingresaban esas calificaciones

Preguntado: Hasta cuando trabajo el actor.

Contestó: Del 2008 al 2010, luego ingresó pero yo ya no estaba con el

Preguntado: sabe las fechas

Contestó: enero de 2008 a diciembre de 2010

Preguntado: En ese tiempo la prestación era permanente o interrumpida

Contestó: Era permanente

Preguntado: se debía tener alguna formación especial para desempeñarse

Contestó: si

A los interrogantes del apoderado de la parte actora indicó:

Preguntado: Quienes eran los jefes inmediatos del actor

Contestó: Francisco Betancourt Chinchilla y Jaime García

Preguntado: Quien les allegaba los horarios
Contestó: A través del Coordinador académico
Preguntado: Quien les indicaba el sitio de trabajo
Contestó: El mismo coordinador que daba el horario
Preguntado: Cuantas horas diarias debía laborar
Contestó: 8
Preguntado: Semanales
Contestó: 40
Preguntado: EL actor tenía autonomía para salirse de los contenidos curriculares
Contestó: No, era obligatorio seguir esos lineamientos, se hacían las guías y se cumplía con esos lineamientos
Se cogían los temas impuestos y se desarrollaban los temas por nosotros.
Preguntado: El actor tenía autonomía para ir a trabajar cuando quisiera
Contestó: No, había que cumplir los horarios de cátedra con los aprendices y cumplir el horario impuesto.
Preguntado: El actor podía mandar a un tercero para que lo remplazara
Contestó: No
Preguntado: El actor para ausentarse debía pedir permiso al coordinador o al director
Contestó: Si al Coordinador
Preguntado: Al actor le exigían el cumplimiento de normas internas del SENA y hacerlas cumplir a los aprendices
Contestó: Si ponerse la bata, y hacer cumplir el manual de convivencia frente a los alumnos
Preguntado: Al actor lo citaban a reuniones periódicas
Contestó: Si, por medio de correo electrónico citaban a reuniones periódicas, para temas de planes de trabajo, secuencia de evaluación entre otras.
Preguntado: El actor para disfruta la semana santa debía recuperar el tiempo
Contestó: Si se citaban los sábados antes de semana santa para cubrir los días santos
Preguntado: En las reuniones les impartían metas
Contestó: A veces orientar cursos complementarios
Preguntado: Además de la carga laboral había meta de alumnos formados al año
Contestó: No
Preguntado: Como era el pago
Contestó: Ya conteste ese tema
Preguntado: Hacían anticipos
Contestó: No, mensualmente se hacía cuenta de cobro
Preguntado: Quien ordenaba esos pagos
Contestó: El coordinador del centro
Preguntado: Hasta que época iban los contratos en diciembre
Contestó: De enero al 15 diciembre
Preguntado: En qué fecha iniciaba las vacaciones colectivas de aprendices
Contestó: A Mitad de diciembre a mitad de enero del año siguiente
Preguntado: Cuando se cumplía el tiempo se hacía liquidación de contrato
Contestó: Paz y salvo no liquidación
Preguntado: En diciembre se les daba expectativa de trabajo para el próximo año
Contestó: Si expectativas
Preguntado: Como era la vinculación para ese nuevo año
Contestó: Por convocatoria
Preguntado: Exigían un perfil mínimo
Contestó: Si y experiencia

5.4.3. Caso concreto

El demandante pretende obtener la declaración de existencia de una relación de trabajo subordinada con la Administración, con ocasión de los servicios que prestó como **instructor** al SENA, **entre los años 2008 al año 2016**, bajo la modalidad de contratación administrativa de prestación de servicios. Como consecuencia de lo anterior, persigue el reconocimiento de prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos, tanto como la práctica o reembolso de los aportes sufragados a los sistemas de seguridad social en salud y pensiones, caja de compensación y demás retenciones.

Por su parte, el **Sena** asegura que la modalidad contractual utilizada se encuentra conforme a derecho, y nunca se generó el vínculo laboral que alega la parte actora.

Planteado el objeto y alcance del litigio, y a partir de las pruebas recaudadas en el expediente, procede el Juzgado a efectuar el análisis crítico que corresponde, para lo cual, empieza por señalar que, de acuerdo con los hechos expuestos en la demanda y la respuesta a los mismos dada por el SENA, no existe controversia alguna en cuanto a la prestación personal del servicio por parte del señor **Helber HELBER RODRIGO ROJAS GACHA** y la contraprestación que recibía por esa actividad.

En efecto, una vez revisado el expediente, se tiene que a folio 51 de la carpeta anexos expediente digitalizado obra certificación expedida el 17 de septiembre de 2020 por el Subdirector (E) Centro de Tecnologías para la Construcción y la Madera del SENA, de la cual es posible concluir la prestación personal del servicio, durante los siguientes lapsos:

CONTRATO N°.	DESDE	HASTA	Valor
0372-2008	20-06-2008	19-12-2008	\$16.173.000
0117-2009	27-01-2009	26-07-2009	\$15.480.000
0840-2009	17-09-2009	31-12-2009	\$1.354.500
0260-2010	26-01-2010	30-12-2010	\$7.043.750
0168-2011	07-02-2011	20-07-2011	\$15.000.000
0372-2011	21-07-2011	15-12-2011	\$14.500.000
0195-2012	30-01-2012	06-06-2012	\$13.520.000
0382-2012	05-07-2012	14-12-2012	\$15.957.333
0747-2013	01-02-2013	22-12-2013	\$34.104.811
1752-2014	<u>20-01-2014</u>	08-07-2014	\$24.440.940
5046-2014	11-09-2014	12-12-2014	\$ 9.734.213
2884-2015	27-01-2015	30-09-2015	\$31.723.333

942-2015	09-10-2015	31-12-2015	\$15.000.000
4371-2016	07-04-2016	14-12-2016	\$25.493.333

Asimismo, de la anterior certificación se extraen los pagos efectuados al actor por la prestación del servicio.

De la información referida, es viable inferir que los contratos se ejecutaron entre el 20 de junio de 2008 y el 26 de julio de 2009, luego del 17 de septiembre de 2009 al 30 de diciembre de 2010, luego del 07 de febrero de 2011 al 15 de diciembre de 2011, luego del 30 de enero de 2012 al 14 de diciembre de 2012, luego del 01 de febrero de 2013 al 08 de julio de 2014 y luego del 11 de septiembre de 2014 al 12 de diciembre de 2014, luego del 27 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2015, finalmente del 01 de abril de 2016 al 14 de diciembre de 2016 por consiguiente, es viable concluir que la demandante prestó sus servicios, con interrupciones, sin embargo, el citado factor será objeto de análisis en caso de determinar la viabilidad de las pretensiones.

Ahora bien, se encuentra probado que la ejecución de contratos no fue continúa o unívoca en el tiempo, pues se observa que entre el **27 de julio de 2009 y el 16 de septiembre de 2009, entre el 31 de diciembre de 2010 y el 06 de febrero de 2011, entre 16 de diciembre de 2011 y el 29 de enero de 2011, entre el 15 de diciembre de 2012 y el 30 de enero de 2013, entre 09 de julio de 2014 y el 10 de septiembre de 2014, entre el 13 de diciembre de 2014 y el 26 de enero de 2015, entre el 01 de enero de 2016 y el 30 de marzo de 2016**, existieron interrupciones que constituyeron solución de continuidad en la relación de trabajo, de conformidad con el criterio orientador que el Despacho toma de la sentencia de unificación jurisprudencial SUJ-025-CE-S2-2021⁹, en la cual en Consejo de Estado consideró *“adecuado establecer un periodo de treinta (30) días hábiles como indicador temporal de la no solución de continuidad entre contratos sucesivos de prestación de servicios”*¹⁰. Por consiguiente, es viable concluir que la demandante prestó sus servicios, sin solución de continuidad, durante los siguientes períodos:

Inicio	Finalización
--------	--------------

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021. Expediente núm. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016).

¹⁰ A la fecha de expedición de esta providencia la mencionada sentencia de unificación no se encuentra ejecutoriada, sin embargo, es tomada como criterio orientador que el Despacho comparte y hace suyo, en virtud del principio *in dubio pro operario* contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

20/06/2008	26/07/2009
17/09/2009	30/12/2010
07/02/2011	15/12/2011
30/12/2012	14/12/2012
01/02/2013	08/07/2014
11/09/2014	12/12/2014
27/01/2015	31/12/2015
01/04/2016	14/12/2016

Establecido lo anterior, se encamina el Juzgado al estudio del elemento de continua subordinación o dependencia, para lo cual empieza por señalar que los contratos celebrados, las certificaciones allegadas por la entidad demandada y el testimonio son coincidentes en afirmar que la demandante se desempeñaba como formador.

Ahora bien, respecto los objetos contractuales desarrollados por el actor se tiene los siguientes:

2008

Impartir formación profesional integral, en el área de Técnico en programación de software, de los bloques modulares de: programación en Visual Basic Net.

2009

Impartir formación profesional en el programa de: Análisis y desarrollo de sistemas de información, del bloque modular: de Análisis, diseño y desarrollo de sistema de Información del Centro de Gestión de Mercados, Logística y Tecnologías de la Información

2010

Impartir formación en el área de Teleinformática en el programa de Análisis y desarrollo de sistemas de información.

2011

Impartir Formación Profesional Integral por el Centro de Electricidad y Electrónica y Telecomunicaciones del SENA - El CONTRATISTA atenderá el AREA de TELEINFORMATICA.

El CONTRATISTA atenderá el AREA de TELEINFORMATICA para los programas de formación ofertados por el Centro de Electricidad y Electrónica y Telecomunicaciones en el PROGRAMA: TECNOLOGO EN ANALISIS Y DESARROLLO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN

2012

Impartir formación titulada y/o complementaria en las áreas de electricidad, electrónica, telecomunicaciones, refrigeración, biomédica, teleinformática, sector servicio y formación virtual que atiende el centro de Electricidad y Electrónica y Telecomunicaciones del SENA - Especificaciones: Especialidad: TELEINFORMATICA Programa: TECNOLOGO EN ANALISIS Y DESARROLLO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN.

2013

Impartir formación, en los diferentes programas de las áreas de electricidad, electrónica, telecomunicaciones, refrigeración, biomédica, teleinformática, sector servicio y/o formación virtual que atiende el Centro de Electricidad y Electrónica y Telecomunicaciones del SENA -. Especialidad: TELEINFORMATICA Programa: TECNOLOGO EN ANALISIS Y DESARROLLO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN.

2014

Impartir formación, en los diferentes programas de las áreas de electricidad, electrónica, biomédica, refrigeración, telecomunicaciones, teleinformática y gestión de proyectos para los sectores industrial y de servicios atendidos por el Centro de Electricidad y Electrónica y Telecomunicaciones del SENA. Programa: TECNOLOGO EN ANALISIS Y DESARROLLO DE SISTEMAS DE INFORMACIÓN.

2015

impartir formación en el área de TELEINFORMATICA para desarrollar el programa ANALISIS Y DESARROLLO DE SISTEMAS DE INFORMACION, para requerimientos, Análisis, Diseño, calidad de software, negociación, implantación, Desarrollo, proyectos.

2016

Contratar la prestación de servicios personales de carácter temporal para impartir formación en el área de articulación con la media técnica.

En el presente caso, no obstante, la parte actora pretender el reconocimiento del contrato realidad, por en su criterio, haber ejecutado su labor como instructor al servicio del SENA, sin embargo, verificados los objetos contractuales de los contratos celebrados por las partes, observa el Despacho de los objetos contractuales que la labor de instrucción contratada no fue univoca o no verso sobre una misma materia.

Al verificar las funciones desarrolladas se establece que son las mismas en todos los contratos, pero vistas desde el desarrollo del objeto contractual las mismas presentan diferencias precisamente por no tener uniformidad la función de instrucción.

Ahora bien, al ir al campo de la prestación del servicio propiamente dicha, es decir de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, del testimonio arrimado al proceso, si bien se extraen el cumplimiento de horario y ordenes, para el Despacho no existe claridad respecto de la funciones ejercidas por el actor en la práctica del 2010 en adelante, pues sea oportuno indicar que el único testigo allegado dio fe de lo acaecido con la prestación del actor del 2008 al 2010, toda vez que frente al tiempo que compartió con el actor indicó:

Preguntado: Hasta cuando trabajo el actor.

Contestó: Del 2008 al 2010, luego ingresó pero yo ya no estaba con el

Preguntado: sabe las fechas

Contestó: enero de 2008 a diciembre de 2010

En esa medida, ante lo diverso del objeto contractual contratado a través del tiempo prestado, sumado a la imposibilidad de verificar que no obstante la diferenciación, la instrucción en la práctica siempre redundo en una misma materia, aspectos que, dicho sea de paso, en el presente caso no pueden ser verificables debido a la ausencia de testimonios o de pruebas que permitieran verificar esos puntuales aspectos de la instrucción sobre todo para los años 2011 al 2016.

Para esa sede judicial no es admisible extender el dicho del único testimonio arrimado al proceso, el cual dio fe de la labor del actor por un corto interregno a la totalidad de la prestación del servicio, máxime cuando existen visos diferenciales en la contratación.

En suma, para el Despacho no existe certeza sobre el elemento de la subordinación en el presente caso y como es bien sabido que en materia de contrato realidad la carga de la prueba de los elementos de la relación legal y reglamentaria está en

cabeza de quien pretende su reconocimiento, esto es del demandante, frente a este aspecto el Consejo de Estado en sentencia del 4 de febrero de 2016, dentro del proceso con radicado 050012331000201002195-01 sostuvo:

“Siendo así las cosas, se tiene que cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3 del artículo 32 de la citada ley la expresión “*En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales*”, lo cierto es que no consagró una presunción de *iure* o de derecho que no admita prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar, para lo cual, es necesario que asuma el deber de probanza a fin de acreditar los elementos esenciales para la configuración de la relación laboral.

En otras palabras, **es al demandante a quien le incumbe demostrar la relación laboral entre las partes, para lo cual, es necesario que pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. Además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia** y de esa manera, lograr bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la declaratoria de existencia de una verdadera relación laboral que desnaturaliza o desvirtuando el contrato de prestación de servicios como contrato estatal regido por Ley 80 de 1993.” (Negrilla fuera de texto)

En ese orden, es claro que sobre la actora recaía una carga probatoria alta para demostrar la existencia del contrato realidad, requisito que no fue cumplido en el caso *sub examine*, en lo relativo de la subordinación, por demás, no existieron pruebas adicionales que demostraran la existencia de tan fundamental requisito, no lográndose desvirtuar la presunción de legalidad de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes concurrentes.

Es así como, bajo el análisis probatorio y jurisprudencial plasmado en precedencia, se negarán las pretensiones de la demanda

4.5.6. Costas.

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 365.8 del Código General del Proceso, no hay lugar a la condena en costas, porque no se demostró su causación.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado 25 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Segunda Oral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO. Sin condena en costas.

TERCERO. - En firme esta sentencia, liquídense los gastos procesales, devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso.

CUARTO. - La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

[firma electrónica en seguida]

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA

Juez

mas

que solo se pudo haber verificado

no guardó continuidad en el tiempo contratado, pues como se observa, en periodos se desempeño como secretaria académica y en otros como apoyo en la unidad administrativa en labores de contratación, en otros en la unidad administrativa en labores de tesorería, apoyo a grupos de trabajo, recepción al público, otras labores secretariales en general, situación que de entrada debe indicar el Despacho no se puede catalogar en la función pretendida por la actora con la demanda.

Ahora bien, hasta este punto se puede indicar que la actora suscribió sendos contratos con la accionada para desempeñarse como auxiliar de enfermería y como consecuencia de estos obtuvo una remuneración, con lo cual se puede concluir que hay claridad respecto de los elementos de **remuneración y prestación personal del servicio**.

MARÍA ISABEL ALONSO CASTRO, por la presunta amistad que existió entre la actora y la testigo, ALICIA MARTÍNEZ GÓMEZ, por pretender favorecer a la actora con su testimonio pues tiene en curso demanda por los mismos hechos en el Juzgado 56 Administrativo de Bogotá en donde funge la actora como testigo y JEIMY ANGELICA MORENO PARRA,

Ahora bien, en cuanto al elemento de la **subordinación** se debe indicar que la entidad demandada no desvirtuó los testimonios de MARÍA ISABEL ALONSO CASTRO, ALICIA MARTÍNEZ GÓMEZ y JEIMY ANGELICA MORENO PARRA, y de lo que divisó el Despacho, las testigos percibieron de manera directa la labor de la accionante pues compartieron labores por periodos. La primera del 2001 al 2016, la segunda del 2004 hasta el 2011 y la tercera del 2012 al 2019, amén de haberse conocido con ocasión de ese trabajo y haber compartido labores y compañerismo por el tiempo relacionado, por tanto, los aspectos de modo, tiempo y lugar respecto de la labor ejercida por la accionante expuestos por los testigos, dan claridad a este fallador sobre los hechos toda vez que depusieron sobre cumplimiento de turnos en los horarios impuestos por la accionada, control de horarios, la dependencia e instrucciones de jefes inmediatos como Julio Cárdenas y Luz Marina Vargas, labores como Aseo paciente, canalización del paciente, suministro de medicamento, capacitaciones, que cumplía las mismas funciones que desarrollaban las auxiliares de enfermería de planta, que había una subordinación rígida debido a que debía acatar las órdenes de la jefe de enfermeras, al punto de que una de las declarantes ejerció tal rol, diferentes médicos que efectuaban el turno a los pacientes y de las directivas de la institución hospitalaria, así mismo, la utilización de uniformes con logos de la accionada, la no limitación en la atención del número de pacientes que llegaran, la obligatoriedad en la prestación del servicio y los procedimientos para obtener un permiso, entre otras, sumado a que guardan coherencia con lo

manifestado por la actora en el interrogatorio de parte agotado en la audiencia de pruebas, en aspectos como el cumplimiento del horario, la constante recepción de órdenes, los jefes inmediatos, las particularidades en las funciones desarrolladas, el pago de los honorarios y una que cobra mayor relevancia; la existencia de personal de planta ejecutando idénticas funciones.

De otro lado, al revisar la normativa que define la naturaleza de las E.S.E. se puede verificar que las funciones desempeñadas por la contratista, en su condición de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, sin lugar a dudas corresponden a la misión y objeto social de la entidad demandada, como se desprende de las funciones relacionadas en los contratos, las cuales quedaron expuestas en precedencia.

En efecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1º del Acuerdo No. 17 del 10 de diciembre de 1997, proferido por el Consejo de Bogotá D.C., el Hospital de Meissen, se define como una Empresa Social del Estado, entendida como una categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital, dotada de Personería Jurídica, Patrimonio Propio y Autonomía Administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud y sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

Y el artículo 5º del mismo ordenamiento, señala que su objeto social es la prestación de servicios de salud, entendido como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, los cuales deberá dirigir prioritariamente a la población pobre y vulnerable, independiente de si está afiliada o no al Régimen Subsidiado de la Seguridad Social.

El artículo 49 de la Constitución Política, prevé que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Luego atendiendo la regulación aludida anteriormente, es claro que la prestación del servicio de salud **es una actividad permanente** prestada, entre otras entidades por las empresas sociales del Estado, dado que dicha actividad constituye su objeto social primordial.

Descendiendo al caso en particular, salta a la vista que los servicios de auxiliar de enfermería prestados por la actora al HOSPITAL MEISSEN III NIVEL E.S.E.; lejos de ser labores esporádicas, son de la esencia o del giro ordinario de las instituciones hospitalarias, y comúnmente son acometidas por los empleados de planta de tales entidades, por lo que contrario a lo argüido por el apoderado de la demandada, desdibuja el elemento de la no subordinación que caracteriza a los contratos de prestación de servicios, esto es, **desvirtúa la razón de ser del numeral 3º de la Ley**

80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal.¹¹

Que el precedente judicial de la H. Corte Constitucional; del H. Consejo de Estado en materia de “contrato realidad” es unánime y coincidente al considerar que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaboralización, procederemos a determinar si en el presente asunto la administración en el área de medicina utilizó dicho contrato para ocultar, o simular una verdadera relación laboral.

De otra parte, no sobra indicar que en el presente caso los condicionamientos impuestos en la sentencia C-171 de 2012¹², no resultan acatados con el proceder de la entidad, dejando en evidencia que no se trató del cumplimiento de unas funciones transitorias o **contingentes**, pues las funciones de AUXILIAR DE ENFERMERÍA es propia del HOSPITAL demandado, máxime cuando para el caso no es razonable hablar de una actividad temporal por casi 20 años, como lo advirtió la H. Corte Constitucional en sentencia C- 401 de 1998 en la que si bien se refirió al personal supernumerario, indicó que *“La relación laboral a la que se refiere la norma impugnada, esto es la que celebra la Administración con las personas que vincula como supernumerarias, reviste un carácter eminentemente temporal. Si dicho elemento no está presente de hecho, es decir si la realidad demostrable indica que la relación establecida entre el servidor supernumerario y la Administración no es temporal sino permanente, el juez competente que juzgue el caso particular tendrá facultad para derivar las consecuencias que en materia prestacional deben reconocerse.”*

Obsérvese que frente a ello, el H. Consejo de Estado, aunque en materia de Ley 50 de 1990 también ha indicado que *“Es claro que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado la Sala en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.”*¹³

Así las cosas, el Juzgado encuentra demostrados los tres elementos que son de la esencia del contrato de trabajo, por cuanto las actividades desempeñadas por la demandante implicaron una prestación personal de carácter permanente, bajo continuada subordinación y dependencia, y una remuneración a cambio de la

¹¹ Ver Sentencia H. Consejo de Estado, 4 de febrero de 2016, radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), **ARENAS MONSALVE**.

¹² mediante la cual H. Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 50 de la ley 1438 de 2011

¹³ Radicación número: 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-2013). C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE.

prestación de dichas funciones y por contera, queda desvirtuada la presunción de legalidad del acto administrativo acusado, siendo procedente aplicar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas contenido en el artículo 53 Superior, y sin que sea necesario el análisis de otras pruebas aportadas.

De la excepción de prescripción de los derechos salariales y prestacionales.

Previamente se ha de considerar que teniendo en cuenta que para el caso no es posible darle a la actora el carácter de empleada pública, pues en este aspecto el Despacho hace suyo el argumento expuesto en la sentencia de unificación ya referida cuando frente al particular indicó: *“Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior¹⁴.”*

Se debe en consecuencia indicar que el ingreso sobre el cual se deben calcular las prestaciones dejadas de percibir por la accionante, quien fue vinculada por contrato de prestación de servicios corresponderá a los honorarios pactados, y no de reconocimiento de derechos salariales, lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto sobre este punto por la pluricitada sentencia de unificación que refirió:

“Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén¹⁵.”

Acogido el anterior criterio unificador, se tiene que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, no prescriben, no están sujetos al fenómeno de la caducidad de la acción, como tampoco al agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial y, en todo caso el juez debe pronunciarse sobre este aspecto, así no haya sido petitionado en sede administrativa, ni pretendido en sede judicial.

En armonía con la precitada Sentencia de Unificación, no sucede lo mismo, respecto de los demás derechos salariales y prestacionales, los cuales se entiende, no

¹⁴ “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. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público. (...)”

¹⁵ Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, artículo 36: “Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (...) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (...)”:

escapan a las precitadas instituciones procesales, que dicho sea de paso, al estar contenidas en normas procesales, son de orden público y de obligatorio cumplimiento¹⁶, de un lado y por otro, quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, **deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual**, tal como se concluyó por nuestro órgano de cierre en la primera regla jurisprudencial decantada en la Unificación.

En segundo lugar, hará de tenerse en cuenta a efectos del reconocimiento lo referido por la Unificación del Consejo de Estado en punto de las interrupciones en la relación laboral cuando indicó:

“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. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.”

Y así mismo, como se anunció en el ítem de jurisprudencia aplicable se dará aplicación a la sentencia del siete (7) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), radicación número: 66001-23-33-000-2013-00088-01(0115-14), que en cuanto a la prescripción en este tipo de controversias indicó:

“Como se desprende de lo previsto por el numeral 6 del artículo 180 y el inciso segundo del artículo 187 del CPACA, la excepción de prescripción extintiva de los derechos demandados se puede resolver de oficio por el juez, haya sido o no alegada, si la encuentra probada. En el presente caso se observa que la relación laboral entre las partes concluyó el 29 de febrero de 2012; y que la petición formulada por el demandante al municipio de Pereira para el reconocimiento de la relación laboral y la consecuente condena al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales, se formuló el 23 de agosto de 2012, por haber laborado en dicha entidad entre el 29 de febrero del 2004 y el 29 de febrero del 2012. Lo anterior quiere decir que los derechos laborales que se hubieren causado en favor del demandante con anterioridad al 23 de agosto de 2009 se encuentran prescritos, salvo el derecho al reconocimiento del tiempo servido con efectos pensionales, por lo que se declarará la prescripción extintiva de los mismos”

Precisado lo anterior, como en el evento de acreditarse la existencia del contrato realidad, **se deberá declarar la prescripción de los demás factores salariales y prestacionales que se ordenen reconocer en la sentencia**, por cuanto no se debe olvidar que acorde con lo establecido en el inciso 2º del artículo 41 del Decreto 3135

¹⁶ “ARTÍCULO 13. OBSERVANCIA DE NORMAS PROCESALES. Las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso podrán ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares, salvo autorización expresa de la ley.

Las estipulaciones de las partes que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, ni impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas.”

de 1968, en el numeral 2º del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, la reclamación administrativa interrumpe la prescripción, **pero solo por un lapso igual, y no se observa que esta disposición haya establecido alguna excepción o un trato diferencial en eventos de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales (art. 53 superior) como el caso que nos ocupa, precisamente porque ello implicaría un trato desigual injustificado proscrito por la constitución en el artículo 13 ibídem.**

Raciocinio que no es caprichoso de este operador, sino que guarda relación entre otras cosas, con lo considerado por el Consejo de Estado en sentencia del 12 de septiembre de 2018, dentro de expediente 730012333000201218302, donde se entró a explicar las diferentes tesis que rodean la prescripción y la escogencia de la llamada a operar en temas laborales, allí manifestó:

- **Tesis intermedia:** en materia laboral aplica la prescripción trienal, consagrada en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968 y en el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁷. De conformidad con estas normas, la prescripción de acciones que emanan de derechos laborales tiene un término de tres años contados a partir de la exigibilidad del derecho. Eso significa que, formulada una reclamación que exija el pago de una prestación periódica, se interrumpe la prescripción y entonces el trabajador tiene derecho al reconocimiento de sus prestaciones desde tres años atrás a partir de la fecha de la solicitud que él haga; y desde ahí hacia adelante. En otros términos, las sumas adeudadas desde hace 4 o 5 o más años se pierden.

(...)

- **De la tesis intermedia:** esta tesis se acoge aquí, para lo cual se dispondrá lo pertinente en la parte resolutive. La explícita base legal (criterio formal) y la moderación de la proporción de una solución intermedia (criterio material) hacen que ésta sea la tesis más razonable. Por tanto la prescripción se interrumpe con la solicitud de reliquidación y opera hasta tres años hacia atrás, contados a partir de ese momento.

Descendiendo al caso bajo estudio, de los contratos celebrados por las partes se observa que la relación laboral se llevó a cabo del 03 de agosto de 1998 al 31 de octubre de 2000, fecha en la cual hubo interrupción en el vínculo, luego del 21 de noviembre de 2000 al 31 de julio de 2016, fecha en la cual hubo interrupción, luego del 18 de agosto de 2016 al 09 de noviembre de 2017, fecha de finalización de la relación laboral.

Como se observa en la prestación del servicio se observan sendas interrupciones, la primera del 01 de noviembre de 2000 al 20 de noviembre de 2000 y la segunda del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016.

¹⁷ Artículo 41. Decreto 3135 de 1968: “Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Artículo 102. Decreto 1848 de 1969: “Prescripción de acciones. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”.

En este punto, luce oportuno reconocer que el órgano de cierre de esta jurisdicción en la mentada sentencia de unificación no refirió un término en días específico para determinar la existencia de la interrupción en estas controversias, sino que simplemente hizo alusión a un “lapso de interrupción”, denominación que deja al considerando subjetivo del operador jurídico el espacio temporal de las mismas y en consecuencia determinar si hay lugar o no declarar una interrupción.

Atendiendo esta situación, este Despacho considera adecuado hacer uso de la denominada “**solución de continuidad**” establecida en el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978, la cual fue dotada de un término de 15 días para efectos de su configuración de la siguiente manera:

“Se entenderá que hubo solución de continuidad cuando medien más de quince días hábiles de interrupción en el servicio a una y otra entidad.”

En ese orden, en el *sub examine* se debe indicar que existen interrupciones que no superan el citado periodo razón por la que se debe entender que no operó la solución de continuidad.

De otro lado, las interrupciones que se analizan que datan del 01 de noviembre de 2000 al 20 de noviembre de 2000 y del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016, superaron los 15 días como por manera que se debe entender que existió solución de continuidad y por tanto habrá lugar a determinar si se aplica el fenómeno prescriptivo.

Sumado a lo expuesto, es claro que la actora envió reclamación administrativa hasta el **03 de septiembre de 2019**, con la cual se debe concluir que se interrumpió la prescripción respecto del segundo periodo, esto es **del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016**.

Con todo, el reconocimiento se debe hacer efectivo desde el **03 de septiembre de 2016**, por aplicación de la prescripción trienal, aclarando en todo caso, que el periodo no laborado entre el **01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016** se debe excluir del reconocimiento en atención a que no hubo prestación del servicio.

Lo anterior, por cuanto como se afirmó en precedencia, la institución de la prescripción no escapa a este tipo de controversia y en esa medida para este fallador es imperativa la aplicación en presente caso, entre otras cosas, porque si se rememora en ordenamiento jurídico colombiano esta figura, en materia laboral, se ha aplicado indistintamente la controversia, inclusive a los regímenes especiales como lo constituye el de la fuerza pública, donde *mutatis mutandis* para el caso del IPC respecto de las asignaciones de retiro o el 20% reclamado por los soldados que ingresaron como voluntarios se aplica el término prescriptivo establecido en los decretos 1211, 1212, 1213 o el 2728 de 1968, esto para significar que la prescripción es una figura creada para aplicarse de manera general y por tanto llamada a afectar todas las controversias en materia laboral.

Prescripción aportes a pensión

No obstante la declaratoria de prescripción, como se señaló con antelación, lo procedente es acoger el criterio adoptado por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, según el cual, se deben reconocer los aportes a seguridad social (pensión), en caso que llegare a declararse la prescripción del derecho, como quiera que dichos aportes tienen el carácter de imprescriptibles, y por lo tanto se hace necesario en este punto efectuar un pronunciamiento sobre tales aportes a seguridad social, los cuales, según la sentencia de unificación, deben efectuarse en los siguientes términos:

“En atención a que los aportes al sistema de seguridad social inciden en el derecho pensional, que es imprescriptible, tal como se explicó en precedencia, **la accionada deberá tomar** (durante el tiempo comprendido entre el 1° de julio de 1986 y el 30 de diciembre de 1997, salvo sus interrupciones) **el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), 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 trabajadora”.

En este orden de ideas, la accionada deberá proceder a reconocer los aportes a pensión durante el tiempo comprendido entre el 03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017.

En consecuencia, la accionada deberá tomar el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), 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 trabajadora, de existir diferencia a favor deberá ser devuelta a la demandante.

De la negación de las siguientes pretensiones.

No se accederá a la devolución indexada de la totalidad del importe de descuentos realizados al Hospital por concepto de **retención en la fuente** por cuanto al respecto el H. Consejo de Estado ha indicado que el medio de control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, no es la vía judicial natural.

Tampoco se ordenará la indemnización establecida en el artículo 2° de la Ley 244 de 1995, por cuanto el H. Consejo de Estado en sentencia del 27 de noviembre de 2014, radicado interno 3222-2013 ya citada, indicó:

“Se precisa que no hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de las 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 y en el presente caso, dicha prestación tan solo vino a reconocerse mediante la presente sentencia, la cual es constitutiva del derecho y 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.”

Por las mismas razones precitadas, **se negará el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto** porque ninguna prueba acusa un despido sino una terminación contractual por vencimiento de término del contrato, sin evidencia de alguna causal de terminación injusta. Igual suerte tienen **los intereses a las cesantías** causados durante el referido lapso a que se refiere el numeral 2º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, **y la sanción de un día de salario por cada día de mora establecida en el numeral 3º del mismo artículo que es equivalente a la establecida por la Ley 244 de 1995**. Aunado a lo anterior, dado que este supuesto no fue acreditado y máxime cuando no se alegó, acreditó o indicó a qué régimen de cesantías debió corresponder la vinculación de la actora, si anualizado o retroactivo, y este aspecto (del régimen aplicable) no fue objeto de reclamación administrativa.

Se niega la indemnización prevista en el parágrafo 1 del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 en atención a que la norma está dirigida a una relación laboral por contrato de trabajo donde como consecuencia de esta el empleador no demuestra a la terminación el pago de los últimos tres meses de cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad, aspecto que no está llamado a prosperar en el presente caso en atención a que las declaraciones efectuadas en el presente derecho son constitutivas del derecho para la actora, razón por la que no se puede tener como configurados los supuestos de la norma invocada.

Se negará el reconocimiento de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por cuanto al respecto el Consejo de Estado en sentencia del **seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016), dentro del proceso 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13)**, indicó

“En ese sentido, la sanción se causa cuando existe mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los trabajadores, es decir, que tal derecho prestacional no está en discusión. Dicho de otra manera, el aludido auxilio no es objeto de controversia por existir certeza sobre su causación y por ende, reconocimiento y pago, circunstancia que no se registra en asuntos como el aquí debatido, en el que, precisamente, el demandante pretende le sea reconocida bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de una verdadera relación laboral, por lo que es a partir de la presente sentencia que le surge al actor el derecho prestacional a las cesantías.”

Respecto de la pretensión de **pago de 100 SMLMV por concepto de daños morales será negada igualmente**, no solo por cuanto no fue acreditada probatoriamente su causación en el proceso, sino además por cuanto considera el Despacho que lo ordenado en la presente sentencia a título de restablecimiento del derecho, conlleva también implícitamente tal finalidad. Así lo ha comprendido la Sala

de lo Contencioso Administrativo de la Sección Segunda Subsección "B" del H. Consejo de Estado¹⁸, al acudir al principio de **reparación integral del daño**, oportunidad en la que dijo:

"Los efectos de la declaratoria de la nulidad de los actos administrativos particulares, en las acciones de restablecimiento del derecho al tenor del artículo 85 del C.C.A, comprende, no sólo el restablecimiento del derecho, entendido este como el efecto de volver las cosas al estado anterior, **sino también la reparación del daño**, en los casos en que no es posible volver las cosas al estado anterior, siendo la reparación integral del daño, la única manera de compensar a la víctima por la lesión originada en un acto ilegal."

Por último, no se compulsan las copias de la sentencia ante el Ministerio de Trabajo para que imponga la multa establecida en el Artículo 63¹⁹ de la Ley 1429 de 2010, como lo pide la actora, pues ello implicaría arrogarse las competencias de inspección y vigilancia que la ley le atribuye al Ministerio de la Protección Social, máxime que tal aspecto debe tener su propia regulación administrativa en la que la Constitución también garantiza el debido proceso. Lo anterior, sin perjuicio que la parte actora lo haga a su libre albedrío.

De los efectos de la presente sentencia.

Al respecto, se acoge el criterio indicado en la Sentencia de Unificación que dispuso:

*"Resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfracó con la suscripción de un contrato estatal, **para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial.**"* Se resalta.

Observamos, que lo que quiso decir el órgano de cierre en la unificación en cuanto a los efectos, **debe ser comprendido en forma sistémica con la institución del fenómeno prescriptivo**, en tanto que los efectos de la sentencia en materia de contrato realidad, conlleva a la eliminación del mundo jurídico del acto administrativo negatorio de las pretensiones y, por contera, es a partir de dicho desaparecimiento que

¹⁸ Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016), proceso 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14) Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

¹⁹ El mencionado artículo establece: "El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave."

los derechos afectados, vuelven a su estado inicial. Lo contrario, conllevaría no solo a desacatar las normas procesales en materia de prescripción -que son de orden público y de obligatorio cumplimiento-, sino además a la creación de un tercer régimen procesal y prestacional con la consecuente vulneración de los principios y derechos a la igualdad.

Las sumas resultantes a favor de la actora, por el reconocimiento y pago **de las diferencias** de los salarios y prestaciones acá ordenadas, deberán pagarse debidamente indexados, en aplicación a la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto **de las diferencias** mencionadas desde la fecha a partir de la cual se originó la obligación, por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial, vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente para cada periodo en que haya causado el derecho o el pago de más por parte de la demandante, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos. La fórmula se aplicará hasta cuando quede ejecutoriada esta sentencia, pues en adelante se pagarán los intereses establecidos en los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Lo anterior, sin perjuicio de que los Entes de Previsión Social en Salud y Pensión respectivos, a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, puedan exigir por virtud de esta providencia y en el término prescriptivo, los aportes a que consideren tener derecho.

COSTAS

De conformidad con el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 8º del artículo 365 del Código General del Proceso²⁰, no hay lugar a la condena en costas, porque se trató de una condena parcial y no se demostró su causación. Lo anterior acorde con el Artículo 2º, Parágrafo 4º del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura "Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho".

²⁰ "Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: (...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTICINCO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- DECLARAR la prescripción de los demás factores salariales y prestacionales incluyendo las cesantías que se ordenan reconocer en esta sentencia, diferentes a los aportes pensionales, **que se hayan causado, con anterioridad al 03 de septiembre de 2016**. Acorde con lo expuesto.

SEGUNDO.- Declarar, que no operó la excepción de **prescripción**, respecto de los aportes para pensión efectuados por la actora. Acorde con lo expuesto.

TERCERO.- Declarar que entre la actora **MARTHA OFELIA GARCÍA HERNÁNDEZ**, identificada con la C.C. 24.756.860 y, la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, **existió un contrato realidad de naturaleza laboral**, durante el lapso comprendido **entre el 03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017**. Acorde con lo expuesto.

CUARTO.- Declarar la nulidad del **oficio OJU-E-4580-2019 del 02 de septiembre de 2019**, expedido por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, en cuanto le negó a la actora el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y, por contera, el pago de los salarios y prestaciones sociales que **peticionó el 03 de septiembre de 2019**. Acorde con lo expuesto.

QUINTO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a **título de restablecimiento del derecho**, se ordena a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, lo siguiente:

a). Que reconozca, liquide y pague a la actora, debidamente indexados y de **sus propios recursos, el auxilio de cesantías** que se hayan causado por el periodo comprendido entre, **entre el 03 de septiembre de 2016 hasta el 09 de noviembre de 2017**, para lo cual la accionada tomará en cuenta que el ingreso sobre el cual se deben calcular las prestaciones dejadas de percibir por la accionante serán los honorarios pactados que devengaba el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, excluyendo del reconocimiento el periodo comprendido entre del **01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016**. Acorde con lo expuesto.

b). Que reconozca, liquide y pague a la actora, debidamente indexados y de **sus propios recursos**, mes a mes, debidamente indexadas **las diferencias que arroje la liquidación de la prestaciones sociales, entre el 03 de septiembre de 2016 hasta el 09 de noviembre de 2017, respecto de los cuales la accionada calculará su base de acuerdo a los honorarios pactados** que devengaba el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, excluyendo del reconocimiento el periodo comprendido entre del **01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016**. Acorde con lo expuesto.

c). Efectuada la precitada liquidación, la accionada deberá tomar (durante el tiempo comprendido entre el **03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017**, el ingreso base de cotización (IBC) pensional de la demandante (los honorarios pactados), 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 trabajadora. De existir diferencia a favor de la demandante deberá ser devuelta a aquella. Con todo, del reconocimiento la accionada deberá excluir los siguientes tiempos 01 de noviembre de 2000 al 20 de noviembre de 2000 y del 01 de agosto de 2016 al 17 de agosto de 2016. Acorde con lo expuesto.

d). Declarar que el tiempo laborado por la actora durante el lapso probado del contrato realidad, **03 de agosto de 1998 hasta el 09 de noviembre de 2017**, en el que fue vinculada como contratista y en su condición de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, se debe computar para efectos pensionales, acorde con la Sentencia de Unificación.

SEXTO.- Ordenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., dar aplicación a lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A. Lo anterior, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en el inciso séptimo del artículo 192 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO.- Negar las demás suplicas de la demanda. Acorde con lo expuesto.

OCTAVO.- Sin condena en costas a la parte vencida.

NOVENO.- En firme esta sentencia, **liquídense** los gastos procesales; **devuélvase** a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y **archívese** el expediente dejando las constancias del caso.

DÉCIMO.- La presente providencia se notifica a las partes, de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), en concordancia con el artículo 291 del Código General del Proceso (CGP).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

ANTONIO JOSÉ REYES MEDINA
Juez

mas

Firmado Por:

**Antonio Jose Reyes Medina
Juez Circuito
Juzgado Administrativo**

Sala 025 Contencioso Admsección 2
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: **125f9f10a7cd7247b168317f7362d698a0b92f9774d3206d4a29a84dd80b8aa8**

Documento generado en 24/04/2022 07:37:59 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>