



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO VEINTIOCHO ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
-SECCIÓN SEGUNDA-**

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Expediente: 11001-33-35-028-2021-00020-00
Demandante: Diana Patricia Peñaloza Pardo¹
Demandado: Hospital Militar Central²
Controversia: Contrato realidad - Reconocimiento de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales

Procede el Despacho a proferir sentencia en el proceso de la referencia, incoado por la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.032.428.110 expedida en Bogotá D.C., por intermedio de apoderada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en contra del **Hospital Militar Central**.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones³

La parte demandante, solicita:

“(…)1. Declarar que es nulo el Acto Administrativo contenido en el oficio con radicado con números E-00004-202003550-HMC Id: 82612 de fecha 28 de mayo de 2020 y suscrito por el señor MIGUEL ÁNGEL TOVAR HERRERA, quien actúa como Jefe Oficina Asesora Jurídica del HOSPITAL MILITAR CENTRAL identificado con NIT. N° 830.040.256-0, mediante los cuales dio respuesta a los Derechos de Petición negando la solicitud de reconocimiento de la relación laboral y derechos laborales. Actos contra los cuales no se interpusieron recurso alguno y en consecuencia se agotó la vía gubernativa.

2. Reconocer y/o declarar que entre la HOSPITAL MILITAR CENTRAL. y la señora DIANA PATRICIA PEÑALOZA PARDO, existió una verdadera relación laboral, dentro del tiempo comprendido entre el 06 de agosto del año 2014 y hasta el 30 de diciembre de 2019, periodo en que mi mandante se desempeñó como AUXILIAR DE ENFERMERIA, vinculada a través de supuestas órdenes de prestación de servicios y/o simulados contratos de prestación de servicios.

3. Que en contencioso de interpretación, se tenga que: todos los contratos de prestación de servicios, celebrados entre las partes desde el año 2014, en el periodo comprendido entre el 06 de agosto del año 2014 y hasta el 30 de diciembre de 2019, No como prueba de una supuesta relación contractual, entre las partes, sino como inequívoca situación legal y reglamentaria, por la naturaleza de la función encomendada y por haberse presentado todos los elementos de una relación laboral, para que se declare por vía de interpretación, que la señora DIANA PATRICIA PEÑALOZA PARDO, gozó del status de empleada pública, teniendo en cuenta que la administración solo pretendía dejar de pagar prestaciones laborales, ya que resulta clara la voluntad administrativa de vincularle al cumplimiento de funciones, que de ordinario son prestadas por personas vinculadas en forma laboral con la administración pública.

4. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, es nula la decisión administrativa de no haberle cancelado sus prestaciones sociales en los mismos términos que los funcionarios de

¹ sparta.abogados@yahoo.es; japardo41@gmail.com; diancac@yahoo.com.

² ricardoescuderot@hotmail.com; judicialeshmc@homil.gov.co; levpy@yahoo.com

³ Folios 16 a 18 del documento #1 expediente digital.

planta que desarrollan idénticas funciones DIANA PATRICIA PEÑALOZA PARDO, por la supuesta vinculación por medio de unos contratos de prestación de servicios aparentes, por ende, se declare que la vinculación inicial del actor era de carácter indefinido y sin fecha previa de retiro, y terminó por decisión unilateral de la accionada.

5. Que, de acuerdo con las determinaciones legales y las anteriores declaraciones, sean cancelados conforme a las funciones del cargo que ejercía los factores salariales y prestaciones sociales, y se ordene el pago en su favor de los siguientes emolumentos:

- 1. AUXILIO DE CESANTÍAS.*
- 2. INTERESES SOBRE CESANTÍAS.*
- 3. PRIMA SEMESTRAL.*
- 4. PRIMA DE SERVICIOS.*
- 5. PRIMA DE NAVIDAD.*
- 6. PRIMA DE VACACIONES.*
- 7. PRIMA DE ANTIGUEDAD.*
- 8. SUELDO DE VACACIONES.*
- 9. VACACIONES.*
- 10. BONIFICACIÓN ESPECIAL POR RECREACIÓN.*
- 11. BONIFICACIÓN ESPECIAL POR PERMANENCIA.*
- 12. BONIFICACIÓN POR SERVICIOS.*
- 13. RECONOCIMIENTO PERMANENCIA.*
- 14. HORAS EXTRAS.*
- 15. RECARGOS NOCTURNOS.*
- 16. DOMINICALES Y FESTIVOS.*
- 17. DIFERENCIAS ENTRE SUELDOS PAGADOS Y LOS ASIGNADOS AL CARGO QUE SE RECLAMA (a trabajo igual, salario (pago) igual).*
- 18. SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL.*

Y todos los demás emolumentos No canceladas por la Entidad y causadas durante el periodo comprendido desde el 06 de agosto del año 2014 y hasta el 30 de diciembre de 2019 derivadas de la relación laboral invocada, sin que se predique la prescripción extintiva de los derechos laborales.

6. Ordenar efectuar el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión por el tiempo de servicios prestados bajo la modalidad de O.P.S., Contratos de Prestación de Servicios, al Fondo de Pensiones que se determinará, a efectos de proteger la expectativa pensional de mi mandante, igualmente se reconozca que el tiempo laborado desde el periodo comprendido desde el 06 de agosto del año 2014 y hasta el 30 de diciembre de 2019, se compute para efectos pensionales.

7. Reintegrar los dineros que se descontaron del salario, por concepto de retención en la fuente, ARL, caja de compensación familiar y pago de seguridad social.

8. Ordenar que los valores que resulten al efectuar la correspondiente liquidación, sean cancelados junto con los intereses moratorios actualizados y/o indexados teniendo en cuenta la corrección monetaria sobre cada uno de ellos.

9. Reconocer y pagar a mi mandante, la indemnización consagrada en la ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de cesantías.

10. Reintegrar todos los valores cancelados por la señora DIANA PATRICIA PEÑALOZA PARDO por concepto de pólizas para amparar los supuestos contratos de prestación de servicios.

11. Ordenar pagar y realizar la liquidación indexada de todos los conceptos salariales y prestacionales con base en el valor más alto que se determine entre los pactados en los supuestos contratos de prestación de servicios, cooperativas de trabajo asociado, empresas temporales y los asignados al cargo equivalente en la planta de cargos; con motivo del trabajo que desarrolló la señora DIANA PATRICIA PEÑALOZA PARDO bajo sus órdenes y cumpliendo horario.

12. Que se condene al pago total inmediato del restablecimiento del derecho y de la reparación del daño causado, ordenando liquidar intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada.

13. Que a la sentencia favorable se le dé cumplimiento en la oportunidad prevista por el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

14. *Que se condene en costas y agencias en derecho, a la parte demandada (...)*”

2. Hechos⁴

Señala el apoderado que la demandante laboró de forma constante e ininterrumpida para el Hospital Militar como auxiliar de enfermería entre el 6 de agosto de 2014 al 30 de diciembre 2019, encontrándose vinculada mediante contratos de prestación de servicios.

Destaca que la accionante devengó salarios de \$1.585.961, suscribiendo contratos por más de 5 años y medio, en los cuales siempre cumplió horario según agendas de trabajo, listas de turno fijadas de manera unilateral por la entidad y órdenes impartidas permanentemente por las enfermeras jefe y personal de médico.

Arguye que la demandante debía cumplir funciones misionales de la entidad habilitados e inscritos en el registro especial de prestadores de servicios de salud del Ministerio de Salud, en las instalaciones de la entidad, resaltando que los contratos de prestación de servicios son iguales y continuos.

Pone de presente que en la planta de cargos del Hospital Militar Central existía y existe el cargo de auxiliar de enfermería cuyo perfil es el de la demandante.

Indica que la demandante presentó reclamación, en la cual solicitó el pago de las prestaciones sociales por todo el tiempo de su vinculación, siendo resuelta de manera negativa mediante el No. E-0004-202003550 HMC Id: 82612.

3. Normas violadas y concepto de violación⁵

En la demanda se citan como infringidas con la expedición de los actos administrativos objeto de control judicial, las siguientes disposiciones jurídicas:

Señala como normas violadas, las siguientes:

Constitucionales: Preámbulo y artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209.

Legales: Inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, Artículo 209 del Decreto 1950 de 1.973, Numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, Artículos 1 y 2 de la Ley 909 de 2004, Artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011, Artículos 59 y 103 de la Ley 1438 de 2011 y Decreto 1335 de 1990.

Indica que la entidad se apartó totalmente de las normas legales que debieron sustentar la expedición del acto administrativo nugatorio de los derechos laborales de la demandante, pues al darse en realidad los elementos estructurales del contrato de trabajo, así lo ha debido reconocer, pues al negar la supremacía de la realidad sobre las formalidades vulnera de contera los principios que rigen la administración pública.

Aduce que el acto administrativo acusado no cumple los postulados allí inmersos como el respeto al trabajo, mucho menos la justicia porque ha sido expedido con desvío de poder y falsa motivación, tampoco hace honor a la igualdad, pues si no es necesario que el Médico haga parte de la planta de personal de la Hospital Militar Central y le sea

⁴ Folios 1 al 4 del Documento I #1 del expediente digital.

⁵ Folios 6 a 16 del documento #1 del expediente digital.

pagado lo justo y legal por su trabajo, entonces la Gerente también debería ser contratada mediante contratos de Prestación de Servicios, máxime que no realiza consulta, esto siguiendo la lógica de la Gerente, para la tarea de administrar bien lo puede hacer un externo con un contrato que le exija el cumplimiento de metas y mejore la situación financiera de la Empresa.

Señala que con los contratos de Prestación de Servicios se establece que son uniformes, la motivación es clara respecto de que la empresa requiere cumplir con la labor misional que por Ley le corresponde, el régimen jurídico invocado no corresponde con la realidad o es tergiversado al acomodo e intereses de la convocada, en fin, el Hospital Militar Central tuvo claro qué clase de contratos estructurar para evadir su responsabilidad como empleador y evitar así pagar lo que en derecho corresponde a al demandante por el trabajo realizado personalmente, continuamente, subordinado a varios jefes y sin solución de continuidad.

Finalmente, en apoyo a sus argumentos citó jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional que considera aplicable al presente asunto.

4. Trámite del proceso

La demanda fue inadmitida mediante auto del 16 de abril de 2021⁶, una vez subsanada, mediante el auto proferido el 28 de mayo de 2021⁷ se admitió la demanda y se ordenó la notificación de las partes e intervinientes, actuación realizada el 25 de junio de 2021⁸.

5. Contestación de la demanda

Mediante correo electrónico de 25 de junio de 2021⁹, la entidad demandada contestó la demanda, con fundamento, entre otras cosas, en lo siguiente:

La carga argumentativa de la contestación fue presentada excepciones de mérito que fueron denominadas como: i) inexistencia de la relación de trabajo; ii) falta de causa; iii) pago; iv) buena fe; v) inexistencia de la obligación reclamada; vi) compensación y vii) genérica.

Señala que no existió una relación de trabajo, por cuanto la demandante prestó un servicio profesional y fue vinculada a través de contratos civiles de prestación de servicio profesionales, cada un independiente y con su propia naturaleza, sin que estuviera sometida a la subordinación propia del derecho laboral por parte del Hospital, siendo convenido con la demandante la modalidad de prestación de servicios sin que ella hubiera manifestado alguna inconformidad al respecto.

Indica que de los honorarios pactados con la demandante se descontó la retención en la fuente la cual no fue discutida por la demandante, arguyendo que tampoco discutió lo relativo a la afiliación y aportes a salud y pensión.

Destaca que a la demandante no se le adeuda por parte de la entidad suma alguna comoquiera que se le cancelaron todos los honorarios conforme lo pactado, reiterando que el vínculo fue regido por las normas de contratación administrativa, esto es, la ley

⁶ Documento # 7 del expediente digital.

⁷ Documento # 10 del expediente digital.

⁸ Documentos # 11 y 12 del expediente digital.

⁹ Documento # 14 del expediente digital.

80 de 1993 que en su artículo 32 establece que en ningún caso dichos contratos generan una relación laboral o prestaciones sociales.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

6. Audiencia inicial, recaudo probatorio y alegatos de conclusión

Mediante el auto proferido el 30 de junio de 2022¹⁰, el Despacho fijó fecha para realizar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El 23 de agosto de 2022¹¹ se llevó a cabo audiencia inicial, en la cual, entre otras cosas, se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas.

Por medio del auto del 30 de marzo de 2023¹², declaró incorporadas las pruebas documentales allegadas y fijó como fecha para realizar la audiencia de pruebas el 25 de abril de 2023.

En audiencia de pruebas realizada el 25 de abril de 2023¹³, se recaudaron los testimonios de Mercedes León Báez y Yamile Giraldo Buitrago y el interrogatorio de parte de la demandante, se declaró cerrada la etapa probatoria y se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión.

6.1. Parte accionante

No allegó escrito de alegatos de conclusión en el término dispuesto para tal fin.

6.2. Hospital Militar Central¹⁴

Mediante escrito del 27 de abril de 2023, el apoderado principal del Hospital Militar Central presentó sus alegatos de conclusión reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, destacando que la demandante ejecutó sus actividades de manera independiente y en ejercicio de una profesión liberal, lo cual no implicaba que una persona le estuviera dando órdenes sino que simplemente necesitaba pautas para el desarrollo de las labores, por lo que no existe prueba de la subordinación, así mismo, pone de presente el acaecimiento del fenómeno jurídico de la prescripción y la naturaleza indemnizatoria de una eventual condena respecto de la liquidación de prestaciones y aportes con base en los honorarios causados.

Por lo anterior, solicita se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Problema jurídico

Conforme a lo indicado en la audiencia inicial, el problema jurídico de este proceso se contrae a determinar si la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo** tiene o no

¹⁰ Documento # 21 del expediente digital.

¹¹ Documento #25 del expediente digital.

¹² Documento #37 del expediente digital.

¹³ Documento #39 del expediente digital.

¹⁴ Documento #40 del expediente digital.

derecho al reconocimiento de una relación laboral con el **Hospital Militar Central**, por el periodo en que estuvo vinculada con la entidad mediante contratos de prestación de servicios y de ser así, determinar si tiene derecho al pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales derivadas de su configuración.

2. Tacha de sospecha de los testimonios

De manera previa a analizar sí en el presente caso concurren los elementos constitutivos de una relación laboral, el Despacho se pronunciará sobre la tacha por sospecha formulada por la apoderada del **Hospital Militar Central**, en el marco de la audiencia de pruebas, en relación con el testimonio rendido por **Yamile Giraldo Buitrago**.

Así pues, la tacha por sospecha respecto de la mencionada testigo, se funda en que considera que su testimonio se encuentra parcialmente afectado, dado que la deponente tiene un proceso judicial contra la entidad por hechos y pretensiones similares.

Al respecto debe decirse que, el artículo 211 del Código General Proceso, en materia de declaración de terceros, estableció la posibilidad a las partes de tachar el testimonio en razón de la existencia de elementos de credibilidad o imparcialidad que pudieran afectar su declaración y que impidan la valoración de sus manifestaciones.

La formulación de tacha de los testimonios fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional que, en vigencia del derogado Código de Procedimiento Civil, aludió de manera puntual al objeto de este medio de contradicción en el marco de la práctica de testimonios. De la decisión judicial se expone el criterio definido por la Corporación en lo que respecta a la valoración del testimonio por parte de las autoridades judiciales que aún mantiene vigencia en los siguientes términos:

“(...) el testimonio, como parte de los diversos medios de prueba previstos por el legislador, se orienta al convencimiento del juez, pues quien lo solicita, lo hace en su propio interés y asume las consecuencias tanto favorables como adversas de la declaración. Antes de solicitar la prueba, la parte habrá tenido en su esfera individual la posibilidad de analizar el beneficio que le puede traer la declaración del tercero frente a sus intereses. Así mismo, habrá tenido oportunidad de verificar la capacidad del testigo, para evitar que la jurisdicción se desgaste con la citación y comparecencia de personas que de antemano se sabe que tienen una inhabilidad absoluta para declarar.

Por su lado, aquella parte contra quien se opondrá el testigo, tendrá la posibilidad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa y para ello podrá advertir al juez que se ha citado a un testigo (...) afectado con una mancha de sospecha, derivada del interés, parentesco, dependencia u otra razón que lo liga con la contraparte. En este sentido, para identificar a los testigos inhábiles y sospechosos, el legislador no acudió a una lista taxativa, sino que dejó un amplio margen de valoración en cabeza del juez (...), de forma que en su función de búsqueda de la verdad, está facultado para impedir la declaración de los primeros o actuar con mayor rigor en la valoración de lo narrado por los segundos.

Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad (...), la Corte señaló:

“la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que

ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material.¹⁵”

Vale decir que la presentación de una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o la presentación de una reclamación administrativa o la simple intención de interponerla, no implica que el medio de prueba no pueda ser apreciado en su contenido útil para efectos de la verificación de la verdad y la acreditación de los hechos que sustentan los argumentos de cargo.

Es preciso indicar que la apoderada de la entidad expresó que la testigo, al contar con un proceso judicial puede ver afectado el grado de veracidad de sus declaraciones.

La testigo **Yamile Giraldo Buitrago**, quien fue convocada a rendir testimonio en la audiencia pública dio cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo** ejecutó los distintos contratos de prestación de servicios a favor del **Hospital Militar Central**, sin que de sus dichos se logre advertir favorecimiento alguno de acuerdo al interrogatorio formulado por el Despacho y complementado por la apoderada de la parte demandante.

De ello da cuenta que, de manera particular, la testigo apuntó a deponer sobre las condiciones de orden contractual, en las que se desarrollaron los objetos determinados en los contratos de prestación de servicios, para los cuales fue vinculada al **Hospital Militar Central** la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**, atendiendo a que bajo la gravedad de juramento declaró que estuvo vinculada a la entidad desde el año 2013 al año 2019 en el servicio de farmacia, lo cual le permitió desde su perspectiva conocer las circunstancias en que se desarrollaron las actividades de la demandante como auxiliar de enfermería.

Al respecto el Consejo de Estado¹⁶ ha establecido que en el caso de testigos sospechosos “(...) no pueden descartarse de plano sus versiones, sino que deben valorarse de manera más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el expediente y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica (...)”

Conforme a lo expuesto, la valoración de la prueba testimonial implica un esfuerzo superior en esta instancia, para identificar si se configuró o no la presunta inhabilidad endilgada por la apoderada del **Hospital Militar Central**, frente a lo cual es conducente concluir que la declaración es en un todo consistente y coherente en el relato de los hechos y su acreditación como elementos sustanciales que una vez verificados, no minan su exposición.

En ese sentido el despacho no aceptara la tacha de sospecha de la testigo **Yamile Giraldo Buitrago**.

¹⁵ Sentencia C-790/06. Referencia: expediente D-6219. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 218 -parcial- del Decreto Ley 1400 de 1970 “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil”. Actor: Hans Gutiérrez Rodríguez. Magistrado Ponente: Dr. ALVARO TAFUR GALVIS. Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil seis (2006).

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P., Dr. Hernando Sánchez Sánchez, sentencia proferida el 22 de octubre de 2021 dentro del expediente 73001233100020120034201.

3. Marco legal y jurisprudencial del contrato realidad

Sea lo primero señalar que en lo que atañe al empleo público, el artículo 125 de la Constitución, estableció que: “*Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.*” (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En ese sentido, por regla general, los empleos públicos dentro de los órganos y entidades del Estado son de carrera, siendo por lo tanto una excepción las demás formas de vinculación enunciadas por la norma en cita.

En desarrollo de los postulados constitucionales, el legislador no desconoció que en especiales ocasiones una entidad pública debe asumir la realización de actividades distintas a la función misional que contribuyen al cumplimiento de los objetivos de ésta, por lo que las personas de derecho privado (naturales o jurídicas) pueden suscribir contrato de prestación de servicios de que trata el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que señala:

*“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:
(...)”*

3º. Contrato de Prestación de Servicios.

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

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

No obstante lo anterior, debe señalarse que el contrato de prestación de servicios tuvo sus inicios previamente a la expedición de la Ley 80 de 1993, como pasará a verse en el recuento normativo que se expondrá a continuación.

Como primer antecedente legal tenemos el artículo 2064 y siguientes del Código Civil, que tratan del arrendamiento de servicios inmateriales, compartiendo, por tanto, aspectos comunes con el actual contrato de prestación de servicios. Así mismo, en el sector público se encuentran como antecedentes normativos, que el artículo 5º de la Ley 3º de 1930, hacía referencia a la contratación de servicios muy especializados, reiterado posteriormente por el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 actualmente vigente y los artículos 138 del Decreto 150 de 1976 y 163 del Decreto 222 de 1983.

De la norma relacionada debe indicarse, de manera particular, que el artículo 163 del Decreto 222 de 1983, autorizaba la celebración de este tipo de contratos para el desempeño de funciones administrativas, es decir, aquellas propias de la entidad, pero requería autorización del Jefe de cada organismo, en armonía con el Decreto 1680 de 1991, no obstante, con la Ley 80 de 1993, citada en precedencia, se indicó que esos contratos podrían celebrarse con personas naturales siempre y cuando la planta de

personal no resultara suficiente para realizar las actividades asociadas a la administración o funcionamiento de la entidad.

Precisamente el aparte normativo en el que se indica que: “... **en ningún caso estos contratos generan relación laboral, ni pago de prestaciones sociales...**”, fue revisado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 y declarado exequible, pero condicionado a que para desvirtuar la presunción de la relación contractual que la norma en comento supone, se demuestre la existencia de una relación laboral, cuando así se alegue. Al respecto, la sentencia indica:

“3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

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. (...)

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. (...).

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. (...).*

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.¹⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Entonces, el elemento diferenciador del contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, es la inexistencia para el primero, de la subordinación, lo que significa que para el desarrollo de una actividad que exige del conocimiento o formación específica en determinada materia, debe existir autonomía e independencia en la forma en la que se aplica el conocimiento, esto es, se establecen las reglas generales para llevar a cabo el objeto contractual, pero la forma en que se ejecuta no puede tener injerencia alguna la parte contratante.

Posteriormente, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 que regula lo pertinente al empleo indica que las funciones propias y habituales de la entidad no se pueden llevar a cabo mediante contratos de prestación de servicios, en cuanto expresa:

“Artículo 2º. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural, Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.¹⁸ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-614 de 2009, define la forma en que se debe diferenciar la actividad encomendada a un contratista, con la función misional de la entidad e incluyó el elemento de la función permanente como característico de la relación laboral, mismo que lo distancia del contrato de prestación de servicios, para finalmente, desarrollar los criterios que permiten identificar cuándo se está frente a una relación laboral o una de carácter netamente contractual, al disponer:

“La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: 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

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997. Referencia: Expediente D-1430. Norma acusada: Numeral 3o. -parcial- del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 "por la cual se dicta el Estatuto de Contratación Administrativa". Actores: Norberto Ríos Navarro, Tulío Elí Chinchilla Herrera, Alberto León Gómez Zuluaga, Carlos Alberto Ballesteros Barón y Germán Enrique Reyes Forero. Magistrado Ponente: Dr. Hernando Herrera Vergara. Santafé de Bogotá D.C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997).

¹⁸ Decreto 2400 de 1968 Art. 2º, reformado por el Decreto 3400 de 1968 Art. 1º.

Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003¹⁹, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó: (...).

ii) Criterio de igualdad: *Si 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, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008²⁰).*

iii) Criterio temporal o de la 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 (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003²¹). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008²²).*

iv) Criterio de la 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, puede acudirse a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002²³ a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:*

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4° del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6° del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...”²⁴ (subrayas fuera del texto original)

v) Criterio de la continuidad: *si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la*

¹⁹ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 0370-2003.

²⁰ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06.

²¹ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02.

²² Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05.

²³ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001.

²⁴ Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003²⁵, indicó: (...).

En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.²⁶
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

3.1. Principio constitucional de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales

Aclarado como se encuentra el objeto del contrato de prestación de servicios y ante la declaratoria de exequibilidad condicionada del artículo 163 del Decreto 222 de 1983, dispuesta en la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional sobre esta modalidad contractual, se colige que el artículo 53 de la Constitución Política, procura salvaguardar los derechos laborales de carácter irrenunciables de los trabajadores, que para el caso *sub examine*, cuando una entidad pública, *so pretexto* de la falta de personal suficiente para la realización de actividades de carácter permanente, acude al contrato de prestación de servicios, desconociendo las características especiales que el legislador dispuso para este tipo de contrato.

Como se ha venido anticipando entonces, el contrato de prestación de servicios de que trata el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado - Sección Segunda, esta última actuando como órgano de cierre de la jurisdicción Contenciosa Administrativa al resolver conflictos en los que se discute si lo realmente ejecutado por los extremos de un acuerdo de voluntades, corresponde a un contrato de prestación de servicios asistenciales o realmente corresponde a una relación laboral propiamente dicha, al margen de los formalismos tenidos en cuenta al inicio de la relación.

Para dilucidar si se está frente a una relación laboral o un contrato de prestación de servicios, la sentencia proferida por el Consejo de Estado Sección Segunda del 4 de julio de 2013, dentro del expediente No. 08001-23-31-000-**2006-00142**-01(2675-12), con ponencia de la Dra. **Bertha Lucía Ramírez de Páez**; reiteró la tesis según la cual, para diferenciarlas se debe tener en cuenta los elementos que constituyen una relación laboral de manera enunciativa que son: i) la subordinación, ii) la prestación personal del servicio y iii) la remuneración por el trabajo cumplido, mismos que pueden ser demostrados con cualquier medio de convicción.

Descendiendo al estudio de los elementos de la relación laboral, en lo que atañe a la subordinación el Consejo de Estado en sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-**2013-00057**-01 (3361-14), indica lo siguiente:

²⁵ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003.

²⁶ Corte Constitucional Sentencia C-614 de 2009. Referencia: expediente D-7615. Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1º (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968. Actor: María Fernanda Orozco Tous. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D. C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009). Sobre el tema se pueden consultar las sentencias C-171 de 2012 y la SU-040 de 2018.

*“En ese orden, la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, **tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral**; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. (...)*

***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 es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, **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.*

*Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse 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, **por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.”²⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto).*

4. Caso concreto

A fin de resolver la controversia planteada en el *sub judice*, a continuación se analizará si con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, se encuentra acreditada la existencia de los tres elementos propios de la relación laboral, es decir, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

4.1. Análisis previo sobre la excepción de caducidad

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, C.P. Dr. William Hernández Gómez, mediante auto proferido el 11 de febrero de 2021, dentro del expediente identificado con el número único de radicación 66001-23-33-000-2016-00430-01, señaló respecto de la oportunidad y procedencia para decretar la excepción de caducidad en las controversias relacionadas con el contrato realidad lo siguiente:

“(...)Así las cosas, tal como se infiere de la sentencia de unificación, en asuntos como el presente donde se encuentran pretensiones exceptuadas del estudio de la caducidad del medio de control, puesto que, en el caso del contrato realidad, está en discusión el derecho

²⁷ Consejo de Estado-Sección Segunda sentencia del 27 de agosto de 2015, expediente No. 81001-2333-003-2013-00057-01 (3361-14).

pensional, el cual comporta una prestación periódica²⁸, la decisión de este presupuesto procesal necesariamente debe ser trasladada a la sentencia, para que allí se determine la prosperidad o no de la relación laboral disfrazada a través de un contrato de prestación de servicios y la suerte de todas las súplicas condenatorias invocadas en la demanda.

Lo anterior impide no sólo el rechazo pleno de la demanda o la terminación total del proceso, sino también el trámite parcial de las peticiones de restablecimiento del derecho sin que se haya definido la petición principal de declaratoria en esta clase de litigios, para que, en la última etapa judicial, una vez analizados los elementos de la relación laboral, se estudie, además de la pretensión de los aportes a pensión, que se recuerda goza de la exención del requisito de caducidad, las que sí se encuentran sometidas al término de los 4 meses, esto es, dilucidarse si están o no afectadas por la mencionada figura adjetiva, con su respectiva consecuencia procesal.

En otros términos, el fenómeno jurídico bajo estudio resulta razonable verificarlo en el pronunciamiento de fondo, tal como se predica respecto a la prescripción extintiva, por cuanto el reconocimiento de los emolumentos laborales está atado inescindiblemente a la configuración del contrato realidad²⁹. Se reitera, sin examinar esto último no será posible determinar las implicaciones de la presunción de legalidad desvirtuada por la parte demandante.

En este orden de ideas, es necesario precisar que independientemente de que se configure o no el fenómeno jurídico de la caducidad respecto de la pretensión de reconocimiento de acreencias salariales y prestaciones sociales, que deben ser objeto de pronunciamiento en la sentencia; al abordarse el estudio de la procedencia o no de los aportes a seguridad social, debe necesariamente hacerse un análisis de si la parte demandante tenía o no derecho a las acreencias salariales y prestaciones sociales, dado que de esto depende la súplica tendiente al reconocimiento de los aportes a la seguridad social³⁰.

En resumen, ante la presencia en estas discusiones de derechos irrenunciables como lo son los aportes a la seguridad social en pensiones, corresponderá si o si adelantarse el trámite del medio de control que cumpla con los otros requisitos dispuestos legalmente para el efecto y, en el fallo determinarse el cumplimiento de la caducidad, no frente a las peticiones de los aportes a la seguridad social en pensiones como ya se explicó, sino en lo que respecta a las demás pretensiones planteadas en el escrito de demanda, con la condición de que primero deberá esclarecerse el acatamiento de la prestación personal, la remuneración y la subordinación. (...)" (Destacado fuera de texto).

El Consejo de Estado³¹ ha establecido que la caducidad es un presupuesto procesal o un instrumento para limitar el ejercicio de los administrados para reclamar judicialmente, derechos individuales y subjetivos, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica. Así mismo, ha establecido el alto Tribunal³², que, los efectos de la ocurrencia de la caducidad se traducen en la extinción del derecho de acción por el transcurrir del tiempo, dada la inactividad de quien encontrándose legitimado en causa no acciona a tiempo.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 10 de julio de 2020, Radicación: 17001-23-33-000-2017-00463-01(0172-18).

²⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, providencia del 14 de noviembre de 2019 25000-23-42-000-2013-00035-01 (5155-2016).

³⁰ Posición sentada por la Sección Segunda Subsección B, en auto del 10 de julio de 2020 Radicación: 17001-23-33-000-2017-00463-01(0172-18).

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez providencia proferida el 8 de septiembre de 2017 dentro del proceso identificado con el núm. Único de radicación 76001-23-33-000-2016-01293-01(4218-16)

³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P Cesar Palomino Cortés Sentencia proferida el 02 de marzo de 2017 dentro del proceso identificado con el núm. Único de radicación 13001-23-33-000-2013-00224-01

De esta manera se observa que respecto de la oportunidad de presentar la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del artículo 164 numeral 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece lo siguiente:

“(…) Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(…)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(…)

*d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del **término de cuatro (4) meses** contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales (...)*” (Destacado fuera de texto).

Ahora bien, en lo referente a las controversias relacionadas con el denominado “Contrato Realidad”, el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia de Unificación proferida el 25 de agosto de 2016, identificada con el radicado interno 0088-15 CE-SUJS-005-16, definió, entre otras, las siguientes reglas jurisprudenciales:

*“(…) Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (i) quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, (ii) sin embargo, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (iii) lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal; (iv) **las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (...)**” (Destacado fuera de texto)*

Por su parte el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, en auto proferido el 11 de febrero de 2021, dentro del expediente 52001-23-33-000-2015-00540-01, indicó:

“(…) la Sala observa que cuando las pretensiones van encaminadas a la existencia de un contrato realidad, el presupuesto procesal de la caducidad debe aplicarse atendiendo a la acreencia laboral reclamada, en el entendido que aquellas que no son de carácter imprescriptible, periódico e irrenunciables, deben demandarse dentro del término extintivo de la acción prevista por el legislador, mientras que si ostentan tal carácter como aquella relativa al pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, se puede demandar en cualquier tiempo y por tanto, se encuentra eximida de dicho presupuesto procesal (...)

Conforme lo anterior, se considera que por regla general el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho está sometido al término de caducidad de 4 meses, contados a partir de la notificación, publicación, ejecución o comunicación del acto administrativo acusado, no obstante, en lo relacionado con las controversias en las que se pretende la declaratoria de una relación laboral y el consecuente reconocimiento de diferencias salariales, prestaciones y aportes, dado que involucra derechos imprescriptibles debe determinarse la ocurrencia del mencionado fenómeno jurídico respecto de aquellas pretensiones que no tienen la característica de ser una prestación periódica (las cuales pueden ser demandadas en cualquier tiempo).

Ahora bien, se observa que los fundamentos de la excepción se circunscriben en indicar que se configura la excepción de caducidad del medio de control, atendiendo a que han transcurrido más de cuatro meses contados a partir de la fecha de terminación de cada una de las órdenes y contratos de prestación de servicios atendiendo a que cada uno de ellos es independiente entre sí.

Así las cosas, tomando en consideración que la caducidad se predica del medio de control y la oportunidad para su interposición se contabiliza a partir de la notificación, comunicación, publicación o ejecución del acto administrativo definitivo, debe entenderse que es a partir de la notificación del E-00004-202003550-HMC Id: 82612 de fecha 28 de mayo de 2020 que se debe realizar la contabilización del término de caducidad.

De esta manera, se evidencia que el acto administrativo acusado fue expedido el 28 de mayo de 2020, no obstante, fue notificado mediante correo certificado el 3 de junio de 2020³³. Ahora bien, se observa en atención a la pandemia generada por el Covid-19, el Consejo Superior de la Judicatura, suspendió los términos judiciales entre el 16 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2020, siendo reanudados a partir del 1° de julio de 2020 y así mismo, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo 564 de 15 de abril de 2020, en el cual dispuso, entre otras cosas, la suspensión de términos de prescripción y caducidad, en los siguientes términos:

“(...) Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para derechos, acciones, medios control presentar demandas la Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de meses o años, se encuentran suspendidos el 16 marzo 2020 hasta el día que Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación los términos judiciales.

El conteo los términos prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión términos judiciales ordenada por Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente. (...)”

Por lo anterior, atendiendo a que los términos judiciales se reanudaron el 1° de julio de 2020 la parte demandante tendría hasta el 1° de noviembre de 2020 para presentar la demanda, no obstante, se advierte que presentó solicitud de conciliación ante la Procuraduría el 25 de septiembre de 2020³⁴, interrumpiendo de esa manera el término de caducidad, momento para el cual habían transcurrido 2 meses y 24 días restándole 1 mes y 6 días para presentar la demanda de manera oportuna.

Ahora bien, se verifica que el acta de conciliación fue expedida 29 de enero de 2021³⁵, fecha en la que se reanudó el término de caducidad y la demanda fue presentada el 1° de febrero de 2021, momento para el cual habían transcurrido únicamente 2 meses y 26 días, por tanto, es claro que la demanda se presentó en la oportunidad prevista

³³ Folio 6 documento “comunicación y constancia” carpeta alcance subsanación de la demanda.

³⁴ Documento “2020-219 constancia Diana Patricia Peñaloza Pardo” carpeta alcance subsanación de la demanda.

³⁵ Téngase en cuenta que mediante el artículo 9 del Decreto Legislativo 491 de 2020 se modificó el plazo para el trámite de las conciliaciones extrajudiciales estableciéndolo en 5 meses lo cual tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2022.

para tal fin, y, en consecuencia, se declarará no probada la excepción de caducidad propuesta.

4.2. Prestación personal del servicio

Se acredita que la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**, prestó sus servicios en el **Hospital Militar Central**, en donde cumplió funciones como auxiliar de enfermería, lo cual exigía la prestación personal del servicio, en la sede del hospital.

Para tal efecto, prestó sus servicios a través de Contratos de prestación de servicios suscritos con el Hospital Militar Central., así:

Número del contrato	Fecha de inicio	Fecha de finalización	Días de interrupción	Objeto	Folios
2165 de 2014	6 de agosto de 2014	30 de noviembre de 2014	-	Prestación de Servicios como auxiliar de Enfermería	20 a 24 del documento anexo subsanación #9 del expediente y documento #22 del expediente.
2647 de 2014	1º de diciembre de 2014	31 de octubre de 2015	-	Prestación de Servicios auxiliar de Enfermería	25 a 30 del documento anexo subsanación #9 del expediente y documento #22 del expediente.
3878 de 2015	1º de noviembre de 2015	31 de octubre de 2016	-	Prestación de Servicios auxiliar de Enfermería	31 a 36 del documento anexo subsanación #9 del expediente y documento #22 del expediente
5405 de 2016	1º de noviembre de 2016	31 de octubre de 2017	-	Prestación de Servicios auxiliar de Enfermería	38 a 42 del documento anexo subsanación #9 del expediente y documento #22 del expediente.
6429 de 2017	1º de noviembre de 2017	30 de noviembre de 2018	-	Prestación de Servicios auxiliar de Enfermería	43 a 52 del documento anexo subsanación #9 del expediente y documento #22 del expediente.
947 de 2018	1º de diciembre de 2018	30 de noviembre de 2019	-	Prestación de Servicios auxiliar de Enfermería	Documento #22 del expediente

El desempeño de todas las actividades enlistadas en los periodos determinados, exigían que la demandante prestara sus servicios como auxiliar de enfermería en el área asistencial del Hospital Militar Central.

De la declaración rendida por la demandante se advierte que tenía que desempeñar sus funciones en las instalaciones de la entidad, comoquiera que sus actividades requerían la asistencia a pacientes, en toma de signos y demás actividades relacionadas con la prestación del servicio de salud especialmente en el área de urgencias.

De igual forma, se observa en los cronogramas de actividades aportado por la demandada en el documento #30 del expediente en el que se observa que la demandante prestaba sus servicios en el turno denominado "Rotatorias Noche 2".

Por tanto, se aprecia, que la naturaleza de las labores como auxiliar de enfermería es prueba suficiente de la ejecución personal de los servicios, lo cual además de la imposibilidad de disponer de su propio tiempo para ejecutarlas, llevan implícita, la

prestación diaria del servicio y una constante labor de seguimiento por parte de sus superiores.

4.3. Remuneración

Así mismo, en *sub judice*, se encuentra demostrada la remuneración o contraprestación periódica y retributiva que percibió la demandante por la labor que desempeñó en el Hospital Militar Central, dado que, en la totalidad de los contratos celebrados entre las partes, se aprecia un ítem denominado forma de pago, en el cual señalan que por regla general se pagaría el valor del contrato por mensualidades vencidas.

V.gr

Contrato 2165 de 2014 “(...) *EL HOSPITAL se obliga a pagar el valor del presente Contrato de Prestación de Servicios a favor de EL CONTRATISTA, así: 5.1. Para el mes de agosto la suma de NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSICENTOS CINCUENTA PESOS (\$936.250) M/CTE 5.1. Para los meses de septiembre a noviembre de 2014 la suma mensual de UN MILLON CIENTO VEINTITRES MIL QUINIENTOS PESOS (\$1.123.500) M/CTE (...)*”

Contrato 947 de 2018 “(...) *EL HOSPITAL sé obliga a pagar el valor de presente Contrato de Prestación de Servicios a favor de EL CONTRATISTA de la siguiente manera: 5.1 Para el mes Diciembre de 2018, la suma mensual de UN MILLÓN TRESCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$1.340.000) M/CTE.,• 5.2 Para los meses de Enero a Noviembre de 2019, la suma mensual de UN MILLON TRESCIENTOS OCHENTAY TRES MIL QUINIENTOS PESOS (\$1383.500) M/CTE. (...)*”

Así mismo, obra a folio 1099 del documento #22 del expediente obra un certificado expedido por el área de selección y contratación en el que señalan que a la demandante se le pagaban por honorarios mensuales una suma constante.

De lo anterior, se observa que existía una remuneración periódica, sucesiva y constante percibida por la demandante como contraprestación a la ejecución de sus funciones, como auxiliar de enfermería en el Hospital Militar Central.

4.4. Subordinación

En primer término, debe decirse, que el Consejo de Estado, ha señalado que la labor de auxiliar de enfermería cuenta con una presunción de subordinación, atendiendo a lo siguiente:

“(...) no puede desempeñarse de forma autónoma, ya que quienes ejercen dicha profesión no pueden definir ni el lugar ni el horario en que prestan sus servicios. Además de lo anterior, la actividad que desarrollan no se puede suspender sin justificación pues se pone en riesgo la prestación del servicio de salud.

Adicionalmente, se debe tener en consideración que en términos generales le corresponde a los médicos dictar las directrices y órdenes respecto de los cuidados especiales que requiere cada paciente, así como establecer condiciones respecto de cómo asistirlos en todo procedimiento médico y cómo se debe realizar el control de los pacientes en los centros de salud. Lo anterior implica que la relación entre médicos y enfermeras por lo general va más allá de la simple coordinación y pasa a ser de subordinación.

Lo expuesto no impide que en determinados casos éstas puedan actuar de manera independiente puesto que se pueden presentar excepciones. Sin embargo, la regla general

*es la de la subordinación, por lo que ésta se debe presumir. En consecuencia, le corresponderá a las entidades demandadas desvirtuar dicha presunción. (...)*³⁶

Así las cosas, además de estar amparada en una presunción de subordinación, se considera, que la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**, en su vinculación como auxiliar de enfermería, estuvo supeditada a las directrices impartidas por sus jefes inmediatos, que para el caso eran los jefes de turno y la jefe del departamento de enfermería.

En el momento en que la demandante fue interrogada acerca de quién le asignaba el horario en que debía desarrollar sus actividades, indicó *“(...) Allí estaba la Jefe del Departamento que era la que nos hacía la asignación de horario. (...) Pues nosotros siempre, llegaba recibía turno, la jefe inmediata nos distribuía los pacientes decía que clase de pacientes teníamos, después de ya tener asignados los pacientes nos dirigíamos a tomar signos y ya ellos nos iban diciendo que tenía pendiente cada paciente para irle realizando durante el turno. (...)”*

La declaración de los testigos dan cuenta de la existencia de superiores que en cada una de las fases contractuales eran los encargados de vigilar y controlar la actividad desempeñada por la demandante, encontrándose sometida al cumplimiento de un horario estricto y la aprobación de los informes para el perfeccionamiento del pago de los honorarios (conforme se estipula del clausulado de los contratos de prestación de servicios), por lo que la relación sustancial con el supervisor era la de verificar que se cumplieran las tareas asignadas, impartiendo directrices de forma permanente y la demandante les reconocía como superiores jerárquicos.

Al respecto la testigo Mercedes León Báez, que señaló bajo la gravedad de juramento que se desempeña como auxiliar de enfermería de planta del Hospital Militar desde el año 1989, indicó: *“(...) tenemos una jefe directa y otras jefes indirectas en el turno de la noche en el día hay muchos más jefes, siempre nosotros tenemos las mismas labores del recibo de turno de todo lo que se le debe hacer a un paciente desde su ingreso de urgencias hasta que se sube a piso, pero siempre coordinando con una jefe, la jefe la que nos supervisa y nos vigila y nos dice que debemos hacer (...)”*

Por su parte la testigo Yamile Giraldo Buitrago señaló que la jefe inmediata de la demandante era la jefe de turno, y en el momento en que la apoderada de la demandante la interrogó acerca de la existencia de órdenes está señaló desde su perspectiva en el área de farmacia, lo siguiente: *“(...) Por decir algo si ella se acercaba a la farmacia a reclamar insumos, medicamentos lo que tuviese que reclamar en el momento y sí en la farmacia había demora muchas veces pasaba la jefe y le decía Diana qué pasó por qué tanta demora el paciente. (...)”*

Por lo tanto, la relación entre la demandante y su superior jerárquico, fue de subordinación y no de simple coordinación, en la medida en que se encontraba sometida al cumplimiento de funciones asignadas, jornada de trabajo y la realización de actividades en el marco de los protocolos establecidos para la atención de los pacientes, y, por ende, el ejercicio de su cargo carecía de autonomía, ya que se encontraba supeditada a los lineamientos institucionales establecidos por la entidad.

Así mismo, en lo que atañe al horario la demandante señaló *“(...) si señora nosotros teníamos que estar empezando a recibir turnos a las 7 de la noche pues yo siempre tuve el turno de la noche, entonces*

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Gabriel Valbuena Hernández, sentencia proferida el 21 de abril de 2016 número único de radicación 13001233100020120023301

el horario era de 7 de la noche a 7 de la mañana pues contando la entrega de turno era a las 7 y media de la mañana nosotros salíamos. (...)”, lo cual fue corroborado por los testigos.

Al respecto, la testigo Mercedes León Báez señaló “(...) Nosotros somos compañeras de trabajo, somos de turno noche somos fijas igualmente tenemos las mismas funciones las niñas de contrato que los fijos, ingresamos sobre las 7 de la noche, ella por lo general llegaba sobre el tiempo decía que por los niños que porque vivía lejos, por el tiempo, por eso siempre llegaba sobre las horas sobre las 7 de la noche, allá son muy estrictos en el horario, las labores somos igual totalmente (...)”

Por su parte la testigo Yamile Giraldo Buitrago indicó: “(...) Si señora se entraba 7 de la noche y se salía 7:30 – 8 de la mañana se entregaba turno a esa hora. (...)”, ahora bien, en el momento en que fue interrogada acerca de la persona que le asignaba dicho horario y la razón por la cual le constaba ese hecho, señaló: “(...) La jefe que estuviera de turno (...) lo que pasa es que ahí hay una oficina dónde todos teníamos que llegar a firmar la planilla de entrada y la planilla de salida, entonces cada jefe de cada servicio nos daba las planillas quincenales mensuales dependiendo el jefe. (...)”

De las documentales aportadas logra evidenciarse que la demandante desplegó las actividades propias de un auxiliar de enfermería en al área asistencial, atención y manejo de pacientes, observándose, en el primer y último contrato, entre otras, las siguientes obligaciones específicas:

Contrato 2165 de 2014	Contrato 947 de 2018
<ol style="list-style-type: none"> 1. Recibir y entregar el turno, de acuerdo con el procedimiento establecido. 2. Mantiene buenas relaciones interpersonales con el equipo de trabajo y muestra una actitud proactiva ante las observaciones. 3. Debe mantener comunicación asertiva con el equipo de trabajo, usuario y familia. 4. Provee cuidado humanizado directo al paciente y familia mediante la aplicación de protocolos y procedimientos. 5. Sera causal de caducidad del contrato la falta al código deontológico de enfermería y cuando se compruebe que por no cumplimiento de protocolos establecidos en el Hospital se ocasionan adversos graves en los pacientes independientes de otras acciones legales a lugar. 6. Informa en forma permanente los cambios presentados en el usuario a la profesional de enfermería. 7. Cumple con las exigencias legales y éticas para el adecuado manejo de las historias clínicas de los pacientes, garantiza custodia y orden de la historia clínica. 8. La auxiliar de enfermería, debe imprimir los registros de enfermería de la historia clínica electrónica de los pacientes de los pacientes que fallecen sean dados de alta o según necesarios. 9. Diligenciar los registros clínicos correspondientes en forma veraz y secuencial conforme a las normas institucionales. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Aplicar las políticas de humanización y seguridad del paciente, implementadas por el Hospital Militar Central. 2. Cumplir con los- procesos, procedimientos y protocolos institucionales establecidos para la atención de nuestros usuarios (identificación correcta, piel sana, recibo y entrega de turno, proceso de limpieza y desinfección, administración segura de medicamentos, cuidado de enfermería por áreas, prevención de caídas, registros clínicos de enfermería, sujeción mecánica, toma de muestras de laboratorio, preparación del paciente para toma de exámenes de radiología, carro de paro, accesos venosos, control de inventarios, control de líquidos administrados y eliminados, preparación de pacientes - para procedimientos quirúrgicos, curación de catéter- central, lavado de manos, transfusión segura de hemoderivados, bioseguridad y segregación adecuada de los residuos hospitalarios, entre otros). 3. Brindar cuidados básicos de enfermería relacionados con: Higiene corporal y bucal, asistir al paciente en la dieta, asistir al paciente en la actividad de la vida diaria, administración y control de líquido endovenosos, control de signos vitales, administración y cuidados con oxigenoterapia. administración y control de mezclas especiales, cuidado de ostomías, sondas catéteres y drenes, preparaciones pre quirúrgicas y de exámenes especiales, cuidados postquirúrgicos, reanimación cardiopulmonar, glucometrías, micro nebulizaciones, monitoreo de transfusiones, canalización de accesos venosos periférico. 4. Aplicar las normas de lavado de manos, desinfección, manejo de aislamiento.

<p>10. Brindar atención y cuidado de enfermería a los pacientes en los traslados asistenciales básicos medicalizados</p> <p>11. Realiza los procedimientos de atención a los pacientes dando cumplimiento al plan de atención mediante la aplicación de protocolos: a) Administración y control de líquidos endovenosos. b). Control de signos vitales c). Administración y cuidados con oxigenoterapia. d). Administración y control de medicamentos. e). Administración y control de mezclas especiales (dopamina, NTG etc.) f). Cuidado de ostomías, sondas catéteres y drenes. g). Preparaciones prequirúrgicas y demás exámenes especiales. h). Cuidados con tracción cutánea y sistemas de fijación osteomuscular i) Reanimación RCCP. j). Glucometrías. micronebulizaciones. k). Monitoreo de transfusiones. l). Canalización de accesos venosos periférico y evaluación y demás protocolos y procedimientos</p> <p>12. Brinda cuidado integral al paciente en cuidados básicos mediante la aplicación de protocolos tales como: a) Higiene corporal y bucal. b). Peso, talla e identificación del usuario. c). Asiste al paciente en la dieta. d) Asiste al paciente en la actividad de la vida diaria. e). Realiza cuidados vespertinos al paciente</p> <p>13. Realiza control del Riesgo en la prestación del Servicio. a) Aplica las normas de lavado de manos, desinfección, manejo de aislamiento. b). Segrega los residuos dando cumplimiento dando cumplimiento a la norma. c). Da información al paciente y a la familia de las normas de la institución y de visita al ingreso del usuario. d). Realiza rondas periódicas en el turno.</p> <p>14. Da cumplimiento a las actividades administrativas: a) Uso racional de los insumos b) Controlar inventarios del servicio, según asignados: elementos, carros de reanimación y las demás que le sean asignados en cada servicio, necesarios para el cumplimiento del objetivo de la institución. c). Limpieza y desinfección de los equipos. d). mantiene en orden la ropería, cuarto de servicio, cuarto limpio, cuarto sucio. e). cumple con la asignación administrativa. f). Registra los datos de los indicadores y procedimientos. g). Cumple con las normas establecidas en entrega de cuentas, reporte de novedades.</p> <p>15. Será causal de terminación unilateral del contrato, que se presenten tres (3) faltantes injustificados durante el tiempo de ejecución del mismo.</p> <p>16. Llevar los registros de atención diaria de procedimientos actividades e intervenciones, así como mantener actualizados los informes estadísticos definidos por la normatividad vigente y todos aquellos registros necesarios para el cumplimiento de los procesos de costos y facturación</p> <p>17. Tratar con respecto imparcialidad y rectitud a los funcionarios de las fuerzas militares, pacientes y demás personas con que tenga con ocasión de la</p>	<p>5. Realizar rondas periódicas en el turno.</p> <p>6. Todas las actividades de cuidado humanizado, seguro, oportuno, respetando la privacidad y dignidad del paciente</p> <p>7. Informar, en forma permanente a su equipo de trabajo y enfermera profesional los cambios presentados y/o identificados durante la ejecución de nuestros usuarios</p> <p>8. Realizar las actividades asistenciales y/o administrativas que le sean asignadas por el Enfermero Profesional del Servicio (carro de paro inventarlos limpieza y desinfección rondas de seguridad, entre otras).</p> <p>9. Plasmar de manera oportuna el reporte de eventos adversos y su intervención para evitar complicaciones que afecten la integridad de nuestros usuarios y sus familias.</p> <p>10. Dar buen uso de los recursos de la institución y control de los mismos, que le sean ' entregados para el desarrollo de su profesión.</p> <p>11. Registrar en las historias clínicas las actuaciones realizadas de manera inmediata, cronológica, ordenada, descriptiva, veraz, las notas de enfermería, control de líquidos, hoja de medicamentos, hoja neurológica, control de líquidos, hoja pre quirúrgica, ordenes de suministro de insumos. entre otros.</p> <p>12. Dar uso adecuado a los registros clínicos a los cuales tiene acceso, bajo los principios éticos de verdad, privacidad, respeto al paciente e implicaciones legales.</p> <p>13. Garantizar la custodia y el orden de la historia clínica</p> <p>14. Gestionar el control diario del inventario del carro de paro y cumple el plan de mejora de los hallazgos.</p> <p>15. Cumplir con las directrices del comité de vigilancia epidemiología; manejo de aislamientos, registros Bundle, reporte de patologías obligatorias entre otras.</p> <p>16. Participar en las capacitaciones de actualización y divulgación de procesos, procedimientos y protocolos, programadas por la Unidad o el Servicio de Enfermería.</p> <p>17. Brindar educación de manera oportuna y constante sobre cuidados básicos y riesgos del proceso salud -enfermedad a los pacientes, padres y/o cuidadores, según sea el caso.</p> <p>18. Aportar los registros oportunos para la medición de indicadores propios de la Unidad y ejecutar plan de mejora.</p> <p>19. Participar en actividades asistenciales, investigativas, docentes y administrativas</p>
--	---

<p>prestación del servicio, observando la moral y las buenas costumbres.</p> <p>18. Rendir los informes que el área requiera dentro de los plazos determinados.</p> <p>19. Obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando dilataciones y trabas que puedan presentarse</p> <p>20. Las demás actividades asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, naturaleza y el área de desempeño del contrato</p>	<p>requeridas por la Dirección y el Servicio de Enfermería.</p> <p>20. Cumplir con los principios enunciados por el Código Deontológico de Enfermería en todas sus actividades, en caso de identificarse incumplimiento de estos el Hospital está en la Obligación de realizar el reporte respectivo a los entes de control.</p> <p>21. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a los funcionarios de la Fuerzas Militares, pacientes y demás personas con que tenga relación con ocasión de la prestación del servicio, observando la moral y las buenas costumbres.</p> <p>22. Rendir los informes que el Servicio de Enfermería requiera dentro de los plazos determinados.</p> <p>23. Registrar todos los procedimientos propios de las actividades de enfermería en el sistema dinámica o el asignado por la institución</p> <p>24. Cumplir con las normas institucionales.</p> <p>25. Mantener disponibilidad de acuerdo a la asignación del Servicio.</p> <p>26. Mantener una actitud proactiva en el ejercicio diario de su profesión</p> <p>27. Cumplir y velar por el seguimiento de las normas de bioseguridad, salud ocupacional, gestión ambiental y calidad, con el fin de disminuir los riesgos tanto para los funcionarios como para la comunidad y el medio ambiente.</p> <p>28. Promover en el grupo, la cultura de valores y principios de la institución.</p> <p>29 Las demás actividades asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, naturaleza y el área de desempeño del contrato</p>
--	---

Nótese cómo en la transición del primer al último contrato, suscrito por la accionante como auxiliar de enfermería, se establecen obligaciones que verificadas individualmente se encuentran relacionadas de manera directa con la prestación del servicio de salud del Hospital Militar Central

Ahora bien, del clausulado señalado, se extraen actividades relacionadas de manera concreta y directa con la prestación del servicio de salud y cuidado del paciente que son de orden esencial para el cumplimiento del objeto misional de la entidad, demostrando el cumplimiento de las funciones asignadas a su trabajo, cumpliendo con los objetivos y metas señaladas, vínculo perpetuado por un lapso superior a 5 años.

Respecto de las actividades desempeñadas por la demandante, esta señaló en su interrogatorio respecto de un día habitual de actividades lo siguiente: “(...) Pues nosotros siempre, llegaba recibía turno, la jefe inmediata nos distribuía los pacientes decía que clase de pacientes teníamos, después de ya tener asignados los pacientes nos dirigíamos a tomar signos y ya ellos nos iban diciendo que tenía pendiente cada paciente para irle realizando durante el turno. (...)”

Al respecto en el momento en que la testigo Yamile Giraldo Buitrago fue interrogada respecto de las actividades desempeñadas por la demandante, señaló “(...) *Ella como enfermera debía estar pendiente del paciente acercarse a las farmacias a los distintos servicios a reclamar los insumos o lo que fuese necesario para el cuidado del paciente. (...)*”

De igual forma, observa el Despacho que del primer al último contrato se evidencia un exceso en el clausulado contractual pactado y que derivó en la ejecución de funciones permanentes de la entidad, justificada de forma sucesiva a través de contratos desde el año 2014 a 2019, hecho que demuestra que la planta de personal era insuficiente para atender las funciones misionales de la entidad, por lo que tuvo que acudir a esa modalidad de vinculación, de igual forma obra en el expediente contractual las justificaciones contractuales según las cuales la planta de personal es insuficiente para suplir las necesidades.

Ahora bien, como se advirtió en el documento #30 y en la carpeta subsanación donde constan los cuadros de turnos asignados a la demandante, de igual forma fue aportada una certificación expedida por la Jefe del Servicio de Enfermería (folios 13 a 19 de la carpeta denominada anexos subsanación), en la que señaló “(...) *De manera respetuosa nos permitimos dar respuesta a solicitud realizada mediante oficio Id: No.80209 del 08/05/2020 que trata del requerimiento que realiza apoderado (sic) de la Señora Diana Patricia Peñaloza Pardo, que corresponde a los cronogramas de programación, frene a certificación en que áreas fueron ejecutados los contratos nos permitimos informar que la prestación del servicio es asistencial y atendió pacientes que ingresan por los diferentes regímenes al Hospital (...)*”

Respecto del criterio de igualdad en la prestación de servicios, se observa que fue aportado en el expediente copia del manual de funciones del Hospital Militar Central (Documento #30), en el que se encuentra el empleo de Auxiliar de Servicios Código 6-1 Grado 33, cuyo propósito principal es el de brindar cuidados básicos de auxiliar de enfermería a los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Militares y particulares y sus funciones esenciales del empleo: 1. Proporcionar cuidados de enfermería basados en conocimientos científicos, técnicos y humanísticos. 2. Realizar actividades administrativas y auxiliares que se requieran para el desarrollo de los procesos a cargo de la dependencia. 3. Realizar registros correspondientes, según los procedimientos establecidos en el Hospital, en especial en lo referente a la historia clínica. 4. Orientar y suministrar a los usuarios, la información requerida de acuerdo con las instrucciones recibidas. 5. Asistir a las jornadas de capacitación y/o actualización relacionadas con los temas propios del área, programadas por enfermería. 6. Participar en capacitaciones manteniendo actualización en el cargo, en cumplimiento con la normatividad legal. 7. Apoyar las actividades de docencia y administrativas del área, siguiendo los protocolos correspondientes. 8. Garantizar el cumplimiento de los procesos y procedimientos dentro del Sistema de Gestión de Calidad (S.I.G.C.) orientado al mejoramiento continuo de la entidad. 9. Las demás funciones asignadas por la autoridad competente, de acuerdo con el nivel, la naturaleza y el área de desempeño del cargo.

De igual forma, en cuanto a la existencia de empleados de la planta de personal que realizara las mismas funciones del demandante, los testigos señalaron que existían auxiliares de enfermería de planta y así mismo, la testigo Mercedes León Báez, señaló bajo la gravedad de juramento que se desempeña como auxiliar de enfermería de

planta del Hospital Militar desde el año 1989 realizando las mismas actividades que la demandante.

Entonces, si bien el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, permite que se contrate personal por prestación de servicios para realizar actividades para el funcionamiento de la entidad, cuando el personal de planta no pueda ser destinado para este efecto, como se indicó en precedencia, esa norma cuenta con dos condiciones de constitucionalidad señaladas en las sentencias C-154 de 1997 de manera directa y e indirecta por la sentencia C-614 de 2009, para precisar que los servicios que se prestan por este tipo de contratos, lo son con personal especializado en una materia específica, son funciones de carácter temporal y no se puede celebrar ese tipo de contratación, para funciones de carácter permanente, que fue lo que aquí ocurrió.

Es indiscutible que la prestación del servicio fue de manera personal y que, de acuerdo con los pagos en cada contrato por concepto de honorarios, se realizó con regularidad de cada treinta (30) días, puesto que, del contenido del clausulado de los contratos y las certificaciones aportadas, se logra evidenciar que los pagos fueron fragmentados, con el objeto de establecer una remuneración de carácter mensual a la demandante como contraprestación directa por el servicio prestado.

Así, según los objetos contractuales por los cuales fue vinculada la demandante, en diferentes momentos como auxiliar de enfermería, acorde con los lineamientos y estándares de la entidad, y conforme a las actividades determinadas en tales contratos de prestación de servicios, se puede concluir con claridad, que las actividades por las cuales fue contratada, son necesarias para el cumplimiento misional de la entidad, y se dirigían a la ejecución de servicios asistenciales de salud de la entidad en sus diferentes componentes, los cuales eran desarrollados por la demandante en su calidad de auxiliar de enfermería.

En ese sentido, no existe justificación para que la demandada, hiciera uso indebido de la figura contractual de prestación de servicios de la Ley 80 de 1993, cuando las actividades requeridas y por las que finalmente se vinculó a la demandante, son propias del giro ordinario de la entidad, en la medida que las labores de la demandante, relacionadas con las actividades de tipo asistencial de enfermería son propias de la entidad.

Así mismo, se observa que la demandante fue objeto de capacitación y entrenamiento, lo cual se acredita de los diferentes diplomas y certificaciones aportados en el expediente contractual (Documento22) , que dan cuenta de la asistencia de la demandante a diplomados y cursos dictados por el Hospital Militar Central en soporte vital básica y rccp (folio 21), diplomado en atención integral a urgencias (folio 22), atención de enfermería segura e integral al paciente en servicio de urgencia (folio 23).

De igual forma, la testigo Mercedes León Báez señaló en su declaración que entrenó a la demandante, al respecto advirtió “(...)Yo como pertenecía al servicio de pediatría por mucho tiempo el 95% que he permanecido en el Hospital soy del servicio de pediatría fija en la noche, entonces por lo general las niñas nuevas yo las entrenaba, o sea les decía que se debía hacer el cuidado que debe tener con los pacientes, todos los protocolos eh como se canaliza una vena y yo creo que eso es lo más específico y más el cuidado que se debe tener con los niños entonces uno por lo antiguo uno eso es lo del Hospital uno entrena a la gente nueva por la experiencia y por todo.(...)”.

Así mismo, se verifica que conforme lo señalado por la demandante no tuvo otras vinculaciones con otras entidades públicas o privadas durante su vinculación con la entidad, lo cual igualmente encuentra respaldo en las certificaciones expedidas por la Administradora Colombiana de Pensiones (36.1) y la E.P.S Compensar (31) dónde se evidencian cotizaciones como independiente con un IBC constante sobre el salario mínimo mensual legal vigente.

Con base en lo expuesto se colige, que los empleos para los que fue vinculada **Diana Patricia Peñaloza Pardo** mediante contratos de prestación de servicios existían realmente en la planta de personal del **Hospital Militar Central**, según quedó demostrado, de acuerdo a los objetos de cada orden de prestación de servicios.

De igual manera, se encuentra de los varios contratos de prestación de servicios suscritos por parte de la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo** que no se trataba de funciones meramente temporales, puesto que prestó sus servicios de manera interrumpida entre el 6 de agosto de 2014 al 30 de noviembre de 2019, acreditando la existencia de los criterios de **continuidad y permanencia**.

Así las cosas, el análisis en conjunto del acervo probatorio, permite concluir, que se ha desvirtuado la autonomía e independencia de la prestación del servicio y con ello el vínculo contractual y en su lugar, es claro, que existió una verdadera relación laboral entre el **Hospital Militar Central**, y la demandante, que pretendió ser encubierta bajo la suscripción de los sucesivos contratos de prestación de servicios, de tal suerte que se encuentra desvirtuada la presunción *iuris tantum* que contempla el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.³⁷

Ello, por cuanto es indudable, que la demandante prestó el servicio de manera personal, permanente, remunerada y subordinada, lo que se muestra con el cumplimiento del horario establecido por la entidad, la sujeción a las pautas, directrices, órdenes o instrucciones del personal adscrito a la Institución, la constante supervisión de las funciones encomendadas, la imposibilidad de ausentarse del lugar de trabajo, y en consecuencia, si bien es aceptable que se coordine la ejecución del contrato, lo cierto es que sus funciones estaban supeditadas a la subordinación, tal como quedó acreditado con en el plenario, lo que a la luz de las reglas de sana crítica, resultan investidas de credibilidad.

³⁷ El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 19 de julio de 2017, expediente No. 63001-23-33-000-2014-00139-01(1771-15) Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, en la que se señaló: "Dicha normatividad contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser **iuris et de iure**, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contra estatal recae".

De esta manera, siguiendo los lineamientos del artículo 164 de la Ley 1564 de 2012³⁸ y configurados todos los elementos de la relación laboral propia del empleo público así la administración quiera darle connotación jurídica distinta, se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda y se ordenará a la entidad el pago a la demandante de la totalidad de prestaciones sociales y demás emolumentos dejados de percibir, reconocidos al personal que desempeñaba igual o similar labor, tomando como base el valor de lo pactado en los contratos por concepto de honorarios, por el periodo comprendido entre el **6 de agosto de 2014 al 30 de noviembre de 2019**, **teniendo en cuenta los medios de prueba aportados sin perjuicio del análisis que se haga en el acápite de caducidad, prescripción y solución de continuidad.**

Así mismo, atendiendo a que la presunción de legalidad del acto administrativo acusado fue desvirtuada, el Despacho declarará no probadas las excepciones de mérito denominadas: i) inexistencia de la relación de trabajo; ii) falta de causa; iii) pago; iv) buena fe; v) inexistencia de la obligación reclamada; y vi) compensación.

5. La condena

Configurados todos los elementos de la relación laboral en este caso, en aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, contenido en el artículo 53 de la Carta y demás garantías laborales, corresponde al Despacho pronunciarse acerca de la posibilidad de ordenar el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias reclamadas, para lo cual se entrará a analizar si se configura o no la excepción de caducidad propuesta por la entidad.

Habiéndose acreditado la existencia de una relación laboral entre las partes se procederá a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el **E-00004-202003550-HMC Id: 82612 de fecha 28 de mayo de 2020**, expedida por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del **Hospital Militar Central**, por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales elevada por la demandante.

En consecuencia, únicamente se accederá al pago de las prestaciones sociales reclamadas y los demás emolumentos cuyo reconocimiento se solicita en la demanda, para cuya liquidación se deberán tener en cuenta los honorarios pactados en los respectivos contratos, ello de conformidad con la Sentencia de Unificación del 25 de agosto de 2016, proferida por el Consejo de Estado, con ponencia del Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, expediente No. 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, donde señaló lo siguiente:

“(...) en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el siguiente contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, per o que en su ejecución se dieron elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empelados (Sic) público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengaban los demás servidores público de panta de la respectiva entidad.

(...)

³⁸ ARTÍCULO 164. NECESIDAD DE LA PRUEBA. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.

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 estén.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Por consiguiente, pese a que se demostró fehacientemente, que la demandante, desempeñó, en igualdad de condiciones, las mismas funciones de los trabajadores de planta de la entidad, la base para liquidar las prestaciones sociales y los demás emolumentos pretendidos, corresponde a los honorarios pactados, lo cual fue reiterado en la reciente Sentencia de Unificación del 9 de septiembre de 2021.

Es necesario precisar en cuanto a las prestaciones sociales, que las mismas pueden ser ordinarias y compartidas, dependiendo de quién es el encargado de realizar el respectivo aporte.

Así las cosas, atendiendo a la naturaleza jurídica de la entidad en la que prestaba sus servicios y a las especiales normas que regulan la condición de sus servidores, a la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**, le asiste el derecho al pago de las prestaciones sociales ordinarias y demás emolumentos solicitados en la demanda teniendo como referente los empleos determinados conforme el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales establecido para la entidad para los auxiliares de enfermería (auxiliares de servicios) y utilizando como base para su liquidación, los honorarios pactados.

5.1. De la prescripción y solución de continuidad

Sobre el particular, el Consejo de Estado ha concluido que no se aplica la prescripción de las prestaciones causadas con ocasión del contrato realidad, en tanto tales derechos se hacen exigibles con la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo, de manera pues, que es a partir de tal decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podría operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo.³⁹

No obstante, el carácter constitutivo de la sentencia que declara la existencia de un contrato realidad no releva al interesado de su deber de reclamar en sede administrativa el reconocimiento del vínculo laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales, dentro del término de tres años siguientes a la terminación del último contrato, so pena de que opere la prescripción de su derecho.^{40 41}

En el presente asunto, no hay lugar a la prosperidad de la excepción de la prescripción, atendiendo a que, la demandante prestó sus servicios en la entidad entre el 6 de agosto de 2014 y el 30 de noviembre de 2019, presentó la reclamación administrativa el 4 de mayo de 2020 cuando la relación contractual no había finalizado, y la demanda se

³⁹ Consejo de Estado, sentencia del 6 de marzo de 2008. Rad. No. 2152-06. C.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P.: Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, 13 de mayo de 2015, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), actor: Antonio José Gómez Serrano.

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia del 13 de junio de 2016, radicado 11001-03-15-000-2016-01043-00, demandante: ALFONSO BOHÓRQUEZ GALLEGU, demandado, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN "E", Tema: CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL - DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE - CONTRATO REALIDAD, Decisión: NEGAR EL AMPARO Consejera Ponente Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

radicó el 1º de febrero de 2021, es decir dentro de los 3 años siguientes a la terminación de la relación contractual.

Al respecto, en reciente pronunciamiento y como complemento de las anteriores consideraciones, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, radicado No.: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), determinó las siguientes reglas:

“167. La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

168. La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.

169. La tercera regla determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

En virtud de lo anterior el restablecimiento del derecho operará por los periodos comprendidos entre el 6 de agosto de 2014 y el 30 de noviembre de 2019.

5.2 De los aportes a Salud y Pensión

En cuanto a las prestaciones compartidas (vb. gr. pensión y salud), no se accederá, el pago a favor del demandante de los porcentajes de cotización que le correspondían de conformidad con la Ley 100 de 1993, pagos que en virtud de los contratos de prestación de servicio debieron ser asumidos totalmente por el contratista (artículos 15 y 157 *ibídem*), pues a pesar de que probó que los sufragó, teniendo en cuenta que para el reconocimiento de sus honorarios mensuales, era necesario el pago de aportes a salud y pensión, según las disposiciones de los Contratos de Prestación de Servicios celebrados, no le asiste el derecho a la devolución de los valores pagados de más por este concepto, en virtud de lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en Sentencia de Unificación SUJ-025-CE-S2-2021 del 9 de septiembre de 2021, radicado No.: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), esto sin perjuicio de la orden que se dará a la entidad de realizar los respectivos aportes en pensiones que en su calidad de empleadora le correspondían a la correspondiente administradora.

Así las cosas, atendiendo a las reglas y subreglas establecidas por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación señalada *supra* no hay lugar a ordenar la devolución, ni cotización por concepto de salud, atendiendo a su naturaleza.

Para efectos de la condena, se tendrán en cuenta las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda correspondientes a la totalidad del periodo ejecutado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

5.3. Del reconocimiento y pago de la indemnización por mora en el pago de cesantías

Tampoco es posible acceder al pago a título de indemnización por la mora en el reconocimiento de las cesantías en aplicación a lo dispuesto en la Ley 244 de 1995 adicionada y modificada por la Ley 1071 de 2006, dado el carácter constitutivo de la presente sentencia que establece la existencia de una verdadera relación laboral, lo que implica que solo hasta su ejecutoria, se hacen exigibles los derechos salariales y prestacionales del demandante y en ese orden de ideas, es a partir de la firmeza de la decisión, que nace la obligación para la entidad demandada de pagar las cesantías a su favor, luego entonces, es equivocado pretender que se reconozca mora en el pago de una prestación, cuando esta ni siquiera existía. Sobre el particular, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", en sentencia del 6 de octubre de 2016, expediente 68001-23-31-000-2009-00146-01(1773-15), Consejero Ponente: **William Hernández Gómez**.⁴²

5.4 De las horas extras y el trabajo suplementario

Finalmente, frente al reconocimiento y pago de los valores asociados a la realización de trabajo suplementario, debe indicarse que la determinación de la jornada laboral en el sector público se encuentra que el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, por medio del cual se definió la jornada de 44 horas semanales.⁴³

Ahora bien, aun cuando en el caso particular se aportaron las planillas de turnos donde se verifica que la demandante laboró en el turno denominado noche 2, que tiene lugar entre las 7 de la noche y las 7 de la mañana de día siguiente, no es posible ordenar su reconocimiento, comoquiera que no es posible determinar que la demandante estuviera supeditada a la jornada laboral prevista en el Decreto 1042 de 1978.

Al respecto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección B, C.P. Dr. César Palomino Cortés, en la sentencia proferida el 7 de julio de 2022 dentro del proceso 66001233300020160063501, estableció:

“(…) Por otro lado, el demandante manifiesta no estar de acuerdo respecto a la negativa en el reconocimiento y pago de las horas extras diurnas y nocturnas, en la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que ello debe ser resarcido por el municipio de Pereira.

Al respecto, esta Sala mediante sentencia del 6 de octubre de 2016⁴⁴, al invocar las disposiciones del artículo 42 del Decreto 1042 de 1978, sobre otros factores que constituyen salario⁴⁵, estableció que “tal regulación tiene como destinatarios a los

⁴² Esta Corporación en sentencia del 9 de junio de 2011, Consejera Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez. Número Interno: 1457-2008, señaló que «[...]la sanción moratoria no puede darse, como lo pretendel demandante, cuando se reconoce judicialmente un derecho discutible pues, no se puede considerar que existe mora sino a partir del momento en que la Administración tenga claridad de la obligación que se reconoce judicialmente»

⁴³ **Artículo 33. De la jornada de trabajo.** La asignación mensual fijada en las escalas de remuneración a que se refiere el presente Decreto, corresponde a jornadas de cuarenta y cuatro horas semanales. A los empleos cuyas funciones implican el desarrollo de actividades discontinuas, intermitentes o de simple vigilancia podrá señalárseles una jornada de trabajo de doce horas diarias, sin que en la semana excedan un límite de 66 horas.

Dentro del límite máximo fijado en este artículo, el jefe del respectivo organismo podrá establecer el horario de trabajo y compensar la jornada del sábado con tiempo diario adicional de labor, sin que en ningún caso dicho tiempo compensatorio constituya trabajo suplementario o de horas extras.

El trabajo realizado en día sábado no da derecho a remuneración adicional, salvo cuando exceda la jornada máxima semanal. En este caso se aplicará lo dispuesto para las horas extras.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 6 de octubre de 2016, expediente 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez, Actor: Miguel Ángel Castaño Gallego.

⁴⁵ Decreto 1042 de 1978, artículo 42. «Además de la asignación básica fijada por la ley para los diferentes cargos, del valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, constituyen salario todas las sumas que habitual

empleados públicos, condición de la cual carece el actor y por la que no es posible admitir que estuvo sujeto a la jornada ordinaria laboral prevista en el artículo 33 del Decreto 1042 de 1978, lo que excluye la posibilidad de reconocimiento y pago del trabajo suplementario”. Y, además, conforme a las previsiones del literal b) del artículo 36 ibidem, el “trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita, en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse”, lo cual no se demuestra en el proceso.

Conforme con lo anterior, la calidad de empleado público se otorga por la vinculación generada en el nombramiento o elección y su correspondiente posesión, sin que sobrevenga por el eventual reconocimiento de una relación laboral encubierta en contratos de prestación de servicios, motivo por el cual no es viable acceder al reconocimiento del trabajo suplementario y recargos solicitado por el demandante en el recurso de alzada. (...)”

Lo anterior, por cuanto la declaratoria de una relación laboral en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades no le da a la demandante la condición de empleada pública.

5.8 De la devolución de retención en la fuente

En lo que respecta a las devoluciones por concepto de retención en la fuente, no hay lugar al reconocimiento de dichos conceptos, dado que como lo ha determinado el Consejo de Estado, se trata de un “cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los Contratos de Prestación de Servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales — DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión.”⁴⁶

5.9. De la devolución de pagos por concepto de pólizas

En cuanto a la devolución del pago, por concepto de pólizas de cumplimiento de los contratos de prestación de servicios, tampoco es dable acceder a su reconocimiento, habida cuenta que estos pagos se encuentran amparados a la luz del ordenamiento jurídico vigente al momento de la suscripción de los referidos contratos, dado que estas pólizas constituyen una garantía necesaria para cubrir posibles riesgos en los procesos de contratación por prestación de servicios con el Estado, de manera que al haberse demostrado la configuración de una relación laboral, ello no puede hacerse extensivo a un reconocimiento económico por este concepto, adicional a los que ya han sido señalados.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse a valor presente en los términos de la fórmula que se especifica en la parte resolutive de esta sentencia (indexación).

Con relación a la pretensión relativa al pago de intereses, se precisa que éstos se causarán en los términos dispuestos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011.

y periódicamente recibe el empleado como retribución por sus servicios».

⁴⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "A". C.P. Dr. William Hernández Gómez. Sentencia de 27 de abril de 2016 Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00090-01 (3480-14). Actor: Oscar Moreno Caicedo. Demandado: DAS.

Esta sentencia se deberá cumplir en los términos previstos en los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

6. De la condena en costas

Finalmente, el Despacho no impondrá condena en costas, en la medida que no se observó una conducta dilatoria o de mala fe de ninguno de los sujetos procesales, y además porque no se encuentra prueba de su causación conforme lo consagrado en el artículo 365 numeral 8° del Código General del Proceso.

Bajo las consideraciones que anteceden, el Juzgado Veintiocho Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

FALLA

- Primero:** **Negar la tacha de sospecha formulada por la apoderada de la entidad demandada** frente a la declaración de la testigo Yamile Giraldo Buitrago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- Segundo:** **Declarar** no probadas las excepciones de mérito, así como las excepciones mixtas de caducidad y prescripción propuestas por el **Hospital Militar Central**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
- Tercero:** **Declarar** la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio **E-00004-202003550-HMC Id: 82612 de fecha 28 de mayo de 2020**, expedido por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del **Hospital Militar Central** por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento y pago de acreencias laborales elevada por la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**.
- Cuarto:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** al **Hospital Militar Central**, a reconocer y pagar a favor de la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.032.428.110 expedida en Bogotá D.C, todas y cada una de las prestaciones sociales de Ley dejadas de percibir y demás emolumentos solicitados en la demanda, excluyendo las horas extras y trabajo suplementario, como auxiliar de enfermería (auxiliar de servicios), por el periodo comprendido entre el **6 de agosto de 2014 y el 30 de noviembre de 2019**, teniendo en cuenta para la liquidación el valor de lo pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios.

De igual forma, deberá pagar la cuota parte correspondiente a los aportes de pensión, y en tanto se probó que la demandante los sufragó, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Para efectos de la condena, se tendrán en cuenta las prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados en la demanda

correspondientes a la totalidad del periodo ejecutado, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

Quinto: El tiempo laborado por la demandante **Diana Patricia Peñaloza Pardo**, identificada con cédula de ciudadanía número 1.032.428.110 expedida en Bogotá D.C, bajo los contratos de prestación de servicios suscritos entre el **6 de agosto de 2014 y el 30 de noviembre de 2019**, debe computarse para efectos pensionales, para lo cual la entidad deberá hacer las correspondientes cotizaciones por el tiempo efectivamente laborado.

Sexto: Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ser actualizadas, con fundamento en los índices de inflación certificados por el DANE teniendo en cuenta para el efecto la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de prestaciones sociales y demás emolumentos en los períodos que efectivamente se prestó el servicio, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional y para los demás emolumentos teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

Séptimo Se **niegan** las demás pretensiones de la demanda.

Octavo: El **Hospital Militar Central**, deberá dar cumplimiento a la presente decisión, dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 a 195 de la Ley 1437 de 2011.

Noveno: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

Décimo: Ejecutoriada la presente providencia, por secretaría **DEVUÉLVASE** al interesado el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso si la hubiere, déjese constancia de dicha entrega y **ARCHÍVESE** el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MÓNICA LORENA SÁNCHEZ ROMERO
JUEZ

Firmado Por:
Monica Lorena Sanchez Romero
Juez
Juzgado Administrativo
028
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: **112eb323417082d21ce8197008a0788e2db794bbdba2c9234e2b0b7150cfb378**

Documento generado en 18/05/2023 05:16:56 PM

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