



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020).

Expediente: **11001-3342-051-2019-00071-00**
Demandante: **KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS**
Demandado: **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 130

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Karim Zulyma Lancheros Diazgranados, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 55.304.773, contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (fl. 1 a 51):

La demandante solicitó la nulidad del Oficio No. OJU-E-2432-2018 del 28 de agosto de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se declare la existencia de la relación laboral y que se condene a la entidad a pagar a título de restablecimiento del derecho: i) las diferencias salariales existentes entre los servicios cancelados por el Hospital Meissen II Nivel a las enfermeras profesionales desde el 30 de septiembre de 2010 al 31 de julio de 2018 ; ii) las cesantías, intereses de cesantías, primas semestrales, primas de navidad, vacaciones, primas de vacaciones, bonificación por recreación, primas de antigüedad, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, subsidio familiar, quinquenios desde el 30 de septiembre de 2010 hasta el 31 de julio de 2018; iii) los porcentajes de cotización correspondiente a salud y pensión y cajas de compensación familiar; iv) indemnización por despido injusto, la indemnización contenida en la Ley 244 de 1995, la sanción moratoria por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, devolución del importe de retención en la fuente y reteica; vi) se declare que el tiempo laborado por contrato de prestación de servicios debe tenerse en cuenta para efectos pensionales; vii) indemnización por daños morales; y viii) se condene en costas y agencias en derecho a la demandada.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, la apoderada de la parte actora adujo que la demandante laboró para el Hospital Meissen II Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. como enfermera profesional desde el 30 de septiembre de 2010 al 31 de julio de 2018 de manera permanente, a través de contratos de prestación de servicios continuos por ocho años lo que opone a la naturaleza del contrato de prestación de servicios.

Señaló que durante el tiempo que estuvo vinculado a través de contratos de prestación de servicios recibía retribuciones mensuales consignados en una cuenta bancaria, la entidad le exigía a la demandante el cumplimiento de un horario de trabajo con enfermera profesional que realizaba a través de turnos previamente establecidos por la entidad de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y los sábados y domingos de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. y sus funciones eran propias de un servidor público y forma parte del objeto misional de la entidad y con características de funciones permanentes, además de no serle permitido realizar estas funciones en otro lugar diferente ya que siempre fueron en las instalaciones del Hospital y bajo las órdenes de sus jefes inmediatos.

Expediente: 11001-3342-051-2019-00071-00
Demandante: KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 48, 53 y 54
- Decreto 3135 de 1968
- Decreto 1045 de 1978
- Decreto 2400 de 1979
- Decreto 3074 de 1968
- Decreto 1848 de 1968: Artículo 51
- Decreto 1335 de 1990
- Ley 4 de 1992
- Ley 332 de 1996
- Ley 1437 de 2011
- Ley 1564 de 2012
- Ley 100 de 1993: Artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204
- Ley 244 de 1995
- Ley 443 de 1998
- Ley 909 de 2004
- Ley 80 de 1993
- Ley 50 de 1990
- Ley 4 de 1990
- Ley 100 de 1993
- Ley 3135 de 1968
- Decreto 1250 de 1970: Artículos 5 y 71
- Decreto 2400 de 1968
- Decreto 1950 de 1973
- Decreto 1919 de 2002
- Código Sustantivo del Trabajo: Artículos 23 y 24

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Hizo referencia al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en contrato realidad, el derecho al trabajo como elemento esencial de la relación laboral y la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales.

Citó sentencias del Consejo de Estado acerca del contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral, la calidad de empleado público en los contratos de prestación de servicios y la Sentencia de Unificación No. SU2 No. 005 de 2016. Adicionalmente, señaló que el acto demandado fue falsamente motivado al desconocer el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, con desconocimiento de las normas en que debió fundarse y desconoció el precedente jurisprudencial sobre la materia.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 223 a 249):

Admitida la demanda mediante auto del 9 de abril de 2019 (fl. 211), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (fls. 214 a 216), la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. presentó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Se refirió a todos y cada uno de los hechos que fundamentan la demanda. Adujo que entre la demandante y el Hospital no existió relación laboral alguna y, por tanto, no se genera pago de prestaciones sociales o laborales. Explicó la naturaleza y características del contrato de prestación de servicios.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

- 1. Prescripción:** solicitó la prescripción de los derechos pretendidos que se encuentren cobijados por el periodo trienal que establece la Ley en caso de una eventual condena.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. **Caducidad:** con la demanda no se anexaron los soportes para verificar los términos y que la demanda se haya presentado dentro de los cuatro meses para poder instaurar el medio de control.
3. **Inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad:** en atención a que la modalidad contractual de prestación de servicios es perfectamente válida y no implica dependencia o subordinación.
4. **Inexistencia de la obligación y del derecho:** sobre la cual expuso que los contratos celebrados con la demandante no comportan la existencia de una relación laboral.
5. **Pago:** señaló que a la demandante se le pagó la totalidad de lo que tenía derecho de acuerdo con lo pactado en los contratos de prestación de servicios.
6. **Ausencia de vínculo de carácter laboral:** indicó que la demandante se desempeñó como contratista independiente y no hubo acto administrativo de nombramiento ni posesión.
7. **Buena fe:** indicó que la entidad demandada siempre actuó con apego a la Ley 100 de 1993, bajo el convencimiento de estar amparada bajo sucesivos contratos de arrendamiento de prestación de servicios profesionales.
8. **Presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes:** los cuales se encuentran soportados en la Ley con base en la documentación que reposa en la entidad.
9. **Innominada.**

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 13 de septiembre de 2019, como consta a folios 269 a 271, en desarrollo de la cual se saneó el proceso, se difirió la decisión para resolver las excepciones de prescripción y caducidad para el momento del fallo y, una vez fijado el litigio, se procedió al decreto de las pruebas correspondientes y se señaló el día 20 de septiembre de 2019 para la audiencia de pruebas.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 20 de septiembre de 2019, se instaló audiencia de práctica de pruebas (fl. 279 a 281), en la cual se practicó el interrogatorio de parte de la señora Karim Zulyma Lancheros Diazgranados, se recepcionó el testimonio de la señora Steffany Ayala Acuña, el despacho limitó la práctica de los testimonios al practicado y prescindió de la etapa probatoria.

Mediante auto del 5 de febrero de 2020 (fl. 320), se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para allegar escrito de alegaciones finales.

Alegatos de la parte actora (fls. 337 a 348): señaló que no se configuró el fenómeno de la prescripción ya que la demandante laboró de manera ininterrumpida desde el 30 de septiembre de 2010 al 31 de julio de 2018 lo cual se corrobora con los contratos de prestación de servicios aportados y las certificaciones expedidas por la entidad demandada. Indicó que también se probó la existencia de cargos de planta con las mismas funciones que la demandante y corroborado con el testimonio rendido en el proceso. Solicitó desestimar la tacha formulada contra la testigo y reiteró los fundamentos de derecho de la demanda.

Alegatos entidad demandada (fls. 322 a 336): se ratificó en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y conforme las pruebas allegadas se pudo verificar que la demandante estuvo vinculada a la Subred Sur E.S.E. a través de contratos de prestación de servicios, los cuales fueron pagados a la contratista en su profesión independiente de enfermera profesional, por lo que nunca existió el vínculo laboral con periodos de interrupción entre contratos, por lo que su duración fue por tiempo limitado. Adujo que la entidad no tiene facultad nominadora ya que ésta se encuentra reglamentada en la Ley 909 de 2004. Desde el inicio también se dejó claro que las partes sabían de la modalidad de contratación y el régimen contractual que los regía, razón por la cual no le asiste

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

derecho al demandante en sus pretensiones tendientes al reconocimiento de acreencias laborales, por lo que solicitó negar las pretensiones de la demanda.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar si de la relación contractual existente entre la señora Karim Zulyma Lancheros Diazgranados y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. se configuran los elementos necesarios para declarar la existencia del contrato realidad y como consecuencia de ello acceder al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones legales y convencionales, en las mismas condiciones que los devengados por las enfermeras profesionales a partir del 30 de septiembre de 2010 al 31 de julio de 2018, cotizaciones correspondientes a salud y pensión, cotizaciones a caja de compensación familiar, devolución de retención en la fuente, indemnizaciones y demás pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas en la demanda.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario, posteriormente, un análisis normativo tanto a la luz del derecho internacional como del derecho interno y, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la Subred Integrada de Salud Sur E.S.E. (fl. 83 a 184, 312A cd y 316 cd):

No. de Contrato	Objeto	Desde	Hasta	Observaciones
4-275-2010		30 de septiembre de 2010	31 de octubre de 2010	Prórrogas hasta 3 de enero de 2011
4-195-2011		4 de enero de 2011	31 de marzo de 2011	
4-431-2011		1º de abril de 2011	30 de abril de 2011	Prórroga hasta el 30 de junio de 2011
4-656-2011		1º de julio de 2011	31 de julio de 2011	Prorrogas hasta el 3 de enero de 2012
4-177-2012		4 de enero de 2012	30 de abril de 2012	
43		1º de mayo de 2012	Por 26 días	Prórroga hasta el 8 de agosto de 2012
1887		13 de agosto de 2012	12 de septiembre de 2012	Prórroga hasta el 31 de octubre de 2012
2537 de 2012	Enfermera jefe	1º de noviembre de 2012	26 de noviembre de 2012	Prórroga hasta el 10 de diciembre de 2012
3285		11 de diciembre de 2012	1º de enero de 2013	
O-469 de 2013		2 de enero de 2013	31 de enero de 2013	
O-1262 de 2013		1º de febrero de 2013	30 de abril de 2013	
O-2045 de 2013		1º de mayo de 2013	31 de mayo de 2013	
O-3092 de 2013		1º de junio de 2013	17 de junio de 2013	Prórroga hasta el 1º de julio de 2013
O-3959 de 2013		2 de julio de 2013	29 de julio de 2013	
O-4830 de 2013		30 de julio de 2013	22 de agosto de 2013	Prórroga hasta el 2 de septiembre de 2013

Expediente: 11001-3342-051-2019-00071-00
Demandante: KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

O-5656 de 2013		3 de septiembre de 2013	30 de septiembre de 2013	
O-1610 de 2014		1° de febrero de 2014	30 de abril de 2014	
O-2169 de 2014		1° de mayo de 2014	30 de julio de 2014	
O-3052 de 2014		1° de agosto de 2014	31 de agosto de 2014	
O-3839 de 2014		1° de septiembre de 2014	19 de septiembre de 2014	Prórroga hasta el 1° de octubre de 2014
O-4624 de 2014		1° de octubre de 2014	13 de octubre de 2014	Prórrogas hasta el 30 de noviembre de 2014
O-5451 de 2014		1° de diciembre de 2014	1° de enero de 2015	
O-1153 de 2015		1° de febrero de 2015	28 de febrero de 2015	
O-2929				Prórroga hasta el 3 de enero de 2016
O-332 de 2016	Actividades asistenciales de enfermería	4 de enero de 2016	31 de mayo de 2016	Prórroga hasta el 30 de junio de 2016
01678 de 2017	Apoyo a la gestión asistencial	6 de enero de 2017	31 de agosto de 2017	
009144 de 2017		1° de septiembre de 2017	Por dos meses	Prórroga hasta el 31 de diciembre de 2017
02475 de 2018		1° de enero de 2018	Por dos meses	Prórroga hasta el 30 de abril de 2018
7641 de 2018		31 de mayo de 2018	Por ocho días	Prórrogas hasta el 31 de julio de 2018

2. Certificación suscrita por la directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. del 23 de octubre de 2019, en donde consta que la demandante prestó sus servicios a dicha entidad, a través de los siguientes contratos de prestación de servicios (fl. 81, 311 y 315):

Orden o Contrato de prestación de servicios	Plazo de Ejecución		Objeto	Valor total contrato	Unidad Servicios De Salud
	Desde	Hasta			
4-275	30/09/2010	31/10/2010	ENFERMERA JEFE	\$1.495.858	MEISSEN
4-195	04/01/2011	31/03/2011	ENFERMERA JEFE	\$11.385.144	MEISSEN
4-431	01/04/2011	30/06/2011	ENFERMERA JEFE	\$8.725.840	MEISSEN
4-656	01/07/2011	03/01/2012	ENFERMERA JEFE	\$13.213.415	MEISSEN
43	01/05/2012	08/08/2012	ENFERMERA JEFE	\$4.986.194	MEISSEN
1887	13/08/2012	31/10/2012	ENFERMERA JEFE	\$5.235.503	MEISSEN
2537	01/11/2012	06/12/2012	ENFERMERA JEFE	\$3.358.348	MEISSEN
3285	11/12/2012	01/01/2013	ENFERMERA JEFE	\$2.448.026	MEISSEN
0-469	02/01/2013	31/01/2013	ENFERMERA JEFE	\$3.739.646	MEISSEN
0-1262	01/02/2013	30/04/2013	ENFERMERA JEFE	\$7.479.291	MEISSEN
0-2045	01/05/2013	31/05/2013	JEFE DE ENFERMERÍA	\$2.493.096	MEISSEN
0-3092	01/06/2013	01/07/2013	JEFE DE ENFERMERÍA	\$2.576.200	MEISSEN
0-3959	02/07/2013	29/07/2013	JEFE DE ENFERMERÍA	\$3.365.680	MEISSEN
0-4830	30/07/2013	02/09/2013	JEFE DE ENFERMERÍA	\$2.659.303	MEISSEN
0-5656	03/09/2013	30/09/2013	JEFE DE ENFERMERÍA	\$2.409.993	MEISSEN
0-1610	01/02/2014	30/04/2014	JEFE DE ENFERMERÍA	\$7.479.289	MEISSEN
0-2169	01/05/2014	30/07/2014	JEFE DE ENFERMERÍA	\$9.972.385	MEISSEN
0-3052	01/08/2014	31/08/2014	JEFE DE ENFERMERÍA	\$2.493.096	MEISSEN
0-3839	01/09/2014	30/09/2014	JEFE DE ENFERMERÍA	\$3.739.645	MEISSEN
0-4624	02/10/2014	11/11/2014	JEFE DE ENFERMERÍA	\$1.620.513	MEISSEN
0-5451	01/12/2014	01/01/2015	PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES EN ACTIVIDADES	\$2.576.200	MEISSEN

Expediente: 11001-3342-051-2019-00071-00
Demandante: KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

			ASISTENCIALES DE ENFERMERÍA		
0-369	02/01/2015	31/01/2015	PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES EN ACTIVIDADES ASISTENCIALES DE ENFERMERÍA	\$2.438.511	MEISSEN
0-1153	01/02/2015	28/02/2015	PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES EN ACTIVIDADES ASISTENCIALES DE ENFERMERÍA	\$2.836.142	MEISSEN
0-1929	01/03/2015	30/09/2016	PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES EN ACTIVIDADES ASISTENCIALES DE ENFERMERÍA	\$18.487.000	
0-2929	01/10/2015	03/01/2015	PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES EN ACTIVIDADES ASISTENCIALES DE ENFERMERÍA	\$22.198.300	
0-332	04/01/2016	31/08/2016	PRESTAR SERVICIOS PROFESIONALES EN ACTIVIDADES ASISTENCIALES DE ENFERMERÍA	\$22.198.300	
003254	01/09/2016	07/01/2017	PROFESIONAL EN ENFERMERÍA	\$11.186.720	
01678	08/01/2017	31/08/2017	PROFESIONAL EN ENFERMERÍA	\$21.559.446	
09144	01/09/2017	31/12/2017	PRESTAR SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN ASISTENCIAL	\$12.354.120	
02475	01/01/2018	31/05/2018	PRESTAR SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN ASISTENCIAL	\$14.463.360	
7641	01/06/2018	31/10/2018	PRESTAR SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN ASISTENCIAL	\$5.514.156	

- 3. Copia de la programación de actividades de la demandante del año 2018 (fl. 71 a 75).
- 4. Copia de certificaciones de contratos de prestación de servicios como enfermera de los años 2010 a 2012 (fl. 77 a 80).
- 5. Copia del manual específico de funciones y competencias laborales (Acuerdo No. 013 de 2017), en el que se identifica el empleo profesional enfermero Código 243 grado 20 y se describen las funciones esenciales del cargo, entre las que se encuentran (fl. 185 a 188):
 - Administrar los medicamentos que por su complejidad o por la situación clínica del paciente se requiera y realizar los registros de enfermería según el estado del paciente, los procedimientos realizados y la conducta tomada en concordancia con la normatividad respectiva.
 - Revisar y reportar los signos de alarma presentados por los pacientes a su cargo, entregando información oportuna al médico tratante.
 - Revisar las historias clínicas de los pacientes desde que ingresen al servicio, verificando el correcto desarrollo del procedimiento.
 - Gestionar las actividades de apoyo diagnóstico y terapéutico necesarias para el diagnóstico y evolución de los pacientes.
 - Brindar la respectiva atención en el mantenimiento y dotación del carro de paro con medicamentos y elementos necesarios y suficientes para la atención del paciente que lo requiera.
- 6. Copia del Acuerdo No. 011 de 2017, por medio del cual se modificó la planta de personal, se adopta la escala salarial del Acuerdo 199 de 2005, para la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y se dictan otras disposiciones (fl. 189 a 204).
- 7. Oficio No. OJU-E-4986-19 del 1° de octubre de 2019, por el cual la jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la entidad demandada allega al proceso certificaciones de las retenciones

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

efectuadas a los pagos mensuales de la demandante del año 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 (fl. 283 a 293).

8. Certificación suscrita por la tesorera de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. referente a los pagos efectuados a la demandante entre los años 2010 a 2018 (fl. 296 a 298).
9. Oficio No. TH-2772-19 del 1º de octubre de 2019, por el cual el director operativo de la entidad demandada informa que no se evidencia el empleo profesional universitario para la Dirección Administrativa en el periodo 2010 a 2016 (...) se evidencia en el manual de funciones y competencias laborales “Acuerdo 013 del 05 de abril de 2017” que existe el empleo profesional universitario Código 219 grados 11, 13 y 19 para la vigencia 2017 y 2018 y allega lo referente a dicho cargo en el manual de funciones mencionado (fl. 299 a 306).
10. Certificación suscrita por el director operativo de la Dirección de Gestión del Talento Humano, en la que se indica que en el Hospital Meissen existió el cargo de enfermero Código 243 grado 19 hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. enfermero Código 243 grado 20 y los emolumentos devengados por dicho empleo (fl. 307).
11. Copia del cuaderno administrativo de la demandante donde constan los contratos de prestación de servicios, prórrogas, cotizaciones a salud y pensión y ARL y hoja de vida aportados en medio magnético (fl. 312 A y 316).
12. En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 20 de septiembre de 2019, se escuchó la declaración de la señora **Steffany Ayala Acuña**, quien manifestó que es especialista en auditoría, enfermera y trabaja como auditora médica en el Hospital Militar, estuvo vinculada al Hospital Meissen II Nivel del año 2006 al año 2016 en la parte asistencial y luego como coordinadora del servicio de urgencias adulto, pediatría, consulta externa y ambulancia, conoce a la demandante porque trabajó con ella en el Hospital Meissen II Nivel. El apoderado de la entidad demandada tachó a la testigo por considerar que hay circunstancias que afectan su imparcialidad como es la dependencia que tuvo con la Subred Sur E.S.E. y el interés con la parte demandante. A las preguntas de la apoderada demandante respondió la testigo que conoce a la demandante desde el año 2010 cuando ingresó al Hospital Meissen II Nivel y la testigo fue la coordinadora en el servicio de urgencias adultos. Dijo que la demandante tenía funciones propias asistenciales como eran las de recibo y entrega de turnos, administración de medicamentos, administrar el personal a cargo como auxiliares de enfermería y camilleros, revisión de historias clínicas, revisión de procesos directos de los pacientes, remisiones y toda la parte administrativa como revisión de inventarios, supervisar las temperaturas de las neveras y demás actividades asignadas. Indicó que como coordinadora directa de la demandante ella tenía las funciones directas del contrato más las que ella le asignaba que eran más del rango administrativo para controlar procesos de calidad, por lo que le asignaba unas actividades adicionales como la revisión de los carros de paro, asistencias a comités de seguridad del paciente, de calidad y cuando hacían visitas entes externos. Dijo que la asistencia a los comités no era obligatoria como tal pero como estaban en las diferentes actividades mensuales que se asignaban debía cumplirse. Las actividades debían cumplirse en un horario, había turnos mañana, tarde, noche 1 y noche 2, la demandante no podía hacer las actividades en el horario que quisiera sino el que tuviera estipulado, el horario se hacía en un cuadro de turnos del mes y eran puestos a disposición del servicio en una cartelera donde tenían acceso a ellos, esos cuadros estaban firmados por la testigo quien era la encargada de elaborarlos con otra persona del Hospital. Señaló que la demandante tuvo turnos rotativos ya que empezó con un horario que cambió con el paso de los años y el último que tuvo fue el turno de la mañana de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y fines de semana jornadas completas de 7:00 a.m. a 7:00 p.m. turnos que no se podían modificar, en caso que la demandante no pudiera hacer un turno debía hacer una solicitud de cambio de turno por medio de un formato llamado así “cambio de turno” con tres días de anterioridad a menos que fuese una calamidad y además debía firmarse la solicitud por la persona que iba a hacer el turno y por la coordinadora (la testigo). Dijo que para verificar el turno en urgencias se manejaba un formato y ella supervisaba que todos estuvieran, eran una supervisión directa. El trabajo se podía delegar por el cambio de turno, que no era delegar propiamente, sino que otra persona que trabajara en la Institución hiciera el turno, no podía ser alguien externo. Respondió que la demandante si recibía órdenes por parte de ella (la testigo) y en otras áreas ya eran otras personas quienes daban las órdenes para ciertos procesos de calidad

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

directos del Hospital. Dijo que si había personal de planta con las mismas funciones que la demandante y toda la parte de equipos médicos eran del Hospital, los elementos de protección personal cada persona los asumía pero si no los tenía estaba en riesgo de sufrir un accidente biológico. Los pagos en la entidad difícil saber con exactitud porque a veces pagaban vencidos tres meses o por mensualidad mes vencido. Sabe que la demandante tuvo suspensión de un contrato, pero no recuerda los motivos ni el mes. La testigo señaló que en algún momento la demandante tuvo afectación familiar por el no pago oportuno de los salarios, no sabe si tuvo o realizó prestamos por ello. A las preguntas del apoderado de la entidad demandada dijo que a su juicio el concepto de actividades asistenciales y funciones son lo mismo ya que personal de planta y contratistas hacían lo mismo. Dijo que como coordinadora del contrato realizaba la supervisión de las actividades y/o funciones, el tiempo de duración, el valor y autorizaba las cuentas de cobro según el cumplimiento, verificaba el cumplimiento de las funciones del contrato, subrayaba si se había cumplido y se firmaba el formato de autorización de pago para pasar la cuenta de cobro, formatos de salud, pensión y afiliación a ARL, si no lo tenían no se podía hacer el pago y la demandante debía pagarlo de manera mensual como independiente porque eran los requisitos que se pedían. Dijo que eso lo verificaba la secretaria del área. Respondió que sí es testigo en otros procesos como el de Andrea Pintor y Alexandra Corredor, no recuerda en qué juzgados.

Igualmente se efectuó el interrogatorio a la demandante **Karim Zulyma Lancheros Diazgranados**, quien al responder las preguntas del apoderado de la entidad demandada señaló que es enfermera profesional egresada de la Universidad del Norte con título acreditado, se graduó en el año 2008. Dijo que para el 30 de septiembre de 2010 no tenía ninguna discapacidad o enfermedad mental para la firma de los contratos. Respondió que la Subred Sur no hizo presión para la firma de los contratos pero éstos llegaban tardíos un mes después y prácticamente estaba obligada a firmarlos porque ya había laborado esos días. Dijo que la Subred Sur no ejerció violencia para la firma de los contratos. Para ingresar a la entidad se presentó ante la coordinadora de enfermería de ese entonces que era la jefe Martha Salamanca, hizo quince días de inducción en el servicio de urgencias, inducción no paga y dependiendo como le fuera ellos definían si la contrataban, la jefe Steffany Ayala estaba de apoyo a la coordinación de enfermería en el servicio de urgencias. Dijo que si tenía la idoneidad como enfermera para ejercer el cargo. El apoderado de la entidad puso de presente el contrato 4624 de 2014 y la demandante reconoció su firma y respondió que sí sabía que era un contrato de prestación de servicios y no presentó objeciones por escrito a los contratos y se comprometió a prestar sus servicios asistenciales con la entidad como enfermera de manera autónoma e independiente. Dijo que la entidad le canceló los honorarios, tardíos pero los pagó. Señaló que el pago de la seguridad social lo efectuó de manera independiente, lo hacía así porque si no la institución no le pagaba el sueldo, era una obligación para el pago del contrato. Dijo que tuvo otro contrato con Nazareth y hasta agosto de 2010 en el Hospital de Usme, no tuvo más contratos, sólo con Subred y dijo que la señora Steffany Ayala era la que le supervisaba los turnos.

Del contrato realidad en el ámbito internacional

En este punto, es menester recordar que el Artículo 53 de la Carta Constitucional de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, estabilidad en el empleo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, situación más favorable al trabajador, **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

Frente al principio de **primacía de la realidad sobre las formalidades**, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

“(…)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y

(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador". (Subrayado fuera de texto)

Son de resaltar los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, en donde se señala que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral, pueden estar determinados por:

1. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
3. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
4. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
5. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
6. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
7. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos

Cabe recordar que, en la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad y pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

Normativa interna y posición jurisprudencial

La Constitución Política ha establecido que por regla general los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto aquellos empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y que desempeñen trabajadores oficiales; mientras que, por su parte, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del Artículo 32 la posibilidad de utilizar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y estableció que dichos contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, resaltando además que no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable.

Ahora bien, particularmente tratándose de las empresas sociales del Estado, estas fueron creadas por gracia de la Ley 100 de 1993, norma que además estableció el régimen jurídico y el estatuto de personal, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo."

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. **Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.**
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos." (Resaltado fuera del texto)

Por su parte, la referida Ley 10 de 1990, "Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones", a la que se hace alusión en la norma trascrita, indicó:

"Artículo 26º.- Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.
2. En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:
 - a. Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;
 - b. Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;
 - c. Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996."**

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.

Es así como de la normativa citada deviene que el acceso al servicio público en las empresas sociales del Estado tiene un carácter reglado y obedece a unos postulados de mérito, eficiencia y calidad, siendo el concurso de méritos el mecanismo idóneo para vincularse laboralmente con este tipo de entidades administrativas.

Sin embargo, se ha visto cómo la administración en sus diferentes niveles ha utilizado los contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales de la entidad desdibujando las formas propias de vinculación, razón por la cual la Corte Constitucional ha indicado que, siempre que se estructuren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, este se entiende constituido en desarrollo y aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, y ha señalado que la independencia y autonomía del empleado o contratista respecto de la entidad en donde presta sus servicios en una relación de prestación de servicios profesionales constituye pieza fundamental de esa situación. Así, se trae en cita lo previsto por esta Corporación en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, por medio de la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que particularmente señaló:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

*“...Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, **para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.***

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente**”.* (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 171 de 2012, fijó ciertos límites a la contratación estatal en defensa del derecho al trabajo, resaltando de manera especial que no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pero siendo enfática en precisar las condiciones que se configure ese criterio funcional, en los siguientes términos:

“5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

*En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar *funciones de carácter permanente* de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. **Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente**, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren **(i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”**¹; **(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”**; **(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”**; **(iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”**; y **(v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”**”.* (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a los elementos que debe demostrar la parte actora para que se declare configurada la relación laboral, el Consejo de Estado, en un caso similar al que aquí se debate, mediante sentencia del 2 de junio de 2016, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del proceso No. 81001233300020120004301, señaló:

¹ Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora 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 acreditar 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”.

Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, unificó algunos criterios relacionados con la prescripción extintiva del derecho y la forma en que ha de restablecerse el derecho en las demandas de contrato realidad y precisó que para que se entienda configurado el mismo deben concurrir los siguientes elementos:

“En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales.

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

En consecuencia, para que se declare la existencia de la relación laboral es necesario que la parte interesada despliegue una importante tarea probatoria a efectos de demostrar que se configuran tres elementos indispensables, a saber:

1. La prestación personal del servicio,
2. La remuneración, y
3. La subordinación o dependencia, siendo este último elemento el que encierra circunstancias como el cumplimiento de órdenes; la imposición de reglamentos; la permanencia en la entidad; la similitud con los funcionarios de planta la cual hace referencia al *criterio funcional* desarrollado por la Corte Constitucional y citado en precedencia y que implica la ejecución de labores correspondientes al ejercicio ordinario de las funciones de la entidad desarrolladas en las mismas condiciones del personal de planta, es decir, configurando los tres elementos de la relación laboral; la habitualidad que implica que la labor se desarrolle en el mismo horario que se desarrolla la relación laboral; un criterio excepcional, es decir, que no haya sido contratada por conocimientos especializados o para una tarea transitoria que resulte necesario redistribuir por exceso de trabajo; y la continuidad que también atañe a desempeñar funciones de carácter permanente.

Del caso concreto

Inicialmente el despacho en atención a que el apoderado de la entidad demandada presentó de manera expresa tacha contra la testigo Steffany Ayala Acuña por considerar que hay circunstancias que afectan su imparcialidad por la dependencia que tuvo con la Subred Integrada de Servicios de

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Salud Sur E.S.E., es necesario indicar que de conformidad con el Artículo 211 del C.G.P. al momento del fallo se debe efectuar un análisis crítico de todos los medios de prueba allegados al expediente, con el fin de establecer si existe alguno que secunde o respalde las declaraciones de los deponentes, de manera que la duda respecto de la imparcialidad de los testigos desaparezca, y se obtenga la credibilidad necesaria para tener certeza sobre los hechos que quieren demostrarse.

Así las cosas, advierte el despacho que el apoderado de la entidad no allegó suficientes elementos de juicio para considerar por parte del despacho que la sola dependencia que tuvo la testigo con la entidad afecte su declaración. Por el contrario, la testigo antes mencionada expuso de forma pormenorizada, precisa y sin contradicciones las circunstancias en que la señora Karim Zulyma Lancheros Diazgranados desarrolló sus actividades en el Hospital, toda vez que fue su coordinadora en el Hospital Meissen II Nivel, lo cual permite descartar – junto con el restante material probatorio – cualquier circunstancia que afecte su imparcialidad.

Efectuadas las anteriores precisiones, debe esta sede judicial entrar a analizar si la demandante logró probar la configuración de los elementos constitutivos del contrato realidad, como se sigue:

De la remuneración

Al expediente se allegó certificación de los pagos efectuados a la demandante con ocasión de los contratos de prestación de servicios celebrados desde el año 2010 hasta el año 2018, como contraprestación directa a los servicios prestados en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., (fl. 296 a 298), circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

Adicionalmente, en los contratos se indicó expresamente que la forma de pago consistiría en que el Hospital le pagaría a la demandante el valor del contrato mediante pagos realizados en mensualidades vencidas², es decir, que el pago se realizaba como contraprestación directa a los servicios prestados en el Hospital, circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

De la prestación personal del servicio

Está demostrado en el plenario que la demandante prestaba personalmente sus servicios, toda vez que se trata de una labor que no podía delegar como enfermera, en un horario que debía cumplir en sentido estricto en el turno de la mañana, tal como consta en las planillas de actividades aportadas al expediente (fl. 71 a 75), es decir que las actividades desarrolladas por la demandante no podían ser delegadas y debían efectuarse bajo los protocolos definidos por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., para el Área de Enfermería tal como quedó establecido en los contratos de prestación de servicios³.

De la subordinación

Aunque para declarar configurada la relación laboral es necesario que la parte interesada demuestre de manera fehaciente que se reúnen los tres elementos antes señalados, **la subordinación** resulta ser el más importante, porque reúne varios aspectos a saber:

1. El cumplimiento de órdenes y reglamentos: De las pruebas documentales allegadas al expediente, se extrae que la demandante debía cumplir las órdenes impuestas por el Hospital, seguir los protocolos institucionales y además estuvo supeditado a los turnos impuestos por la entidad demandada (fl. 312 A cd). Adicionalmente, en la declaración rendida por la señora Steffany Ayala Acuña, coordinadora del servicio de urgencias adulto de la entidad en el periodo que estuvo prestando sus servicios la demandante, ésta afirmó que la demandante debía cumplir las órdenes impartidas por ella como controlar procesos de calidad, revisión de carros de paro, asistencias a comités de seguridad del paciente y de calidad, entre otras.
2. Permanencia en la entidad: De la mano con lo expuesto en el numeral anterior, es evidente que la demandante debía permanecer en la entidad demandada (Hospital Meissen II Nivel) por lo menos durante el horario de trabajo asignado; no le fue permitido coordinar la ejecución del objeto contractual por fuera de los horarios establecidos ni en otro sitio diferente a las dependencias de la institución.

² Contrato de Prestación de Servicios No. O-4624 de 2014 Clausula Quinta: Precio y forma de pago fl. 158 a 160.

³ Contrato de Prestación de Servicios No. 1887 de 2012, clausula segunda: Obligaciones del contratista fl. 111.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

3. Similitud con los funcionarios de planta / funciones del giro ordinario de la empresa: Al expediente se allegó el manual específico de funciones y competencias del cargo de enfermero Código 243 grado 20 (fl. 185 a 188), de igual forma de las pruebas allegadas al proceso se infiere que el demandante como enfermera desarrollaba similares actividades o funciones a las que desarrollaba un enfermero Código 243 grado 20, de lo cual se deduce que las funciones para las cuales fue contratado hacen parte del giro ordinario de la entidad. Las actividades desarrolladas por la demandante como enfermera contratista eran, entre otras, las de: coordinar el recibo y entrega de pacientes y actividades con el grupo de auxiliares según normas de la institución, administrar los medicamentos según órdenes médicas y vigilar efectos secundarios, revisar historias clínicas e instrucciones médicas de los pacientes y actualización del kardex, acompañar al paciente crítico durante el traslado a otro servicio, determinar y reportar las necesidades en cuanto a recurso material (medicamentos, equipos, elementos), con el fin de mantener un buen funcionamiento del servicio y del carro de paro⁴.

Adicionalmente, lo cierto es que las funciones para las cuales fue contratada hacen parte del giro ordinario de la entidad, pues no se trata de conocimientos especializados para una tarea transitoria sino de una labor que se volvió continua, tan es así que los contratos se suscribieron de forma sucesiva a lo largo de aproximadamente 8 años, teniendo en cuenta que entre uno y otro no hubo solución de continuidad (salvo algunos días de interrupción), elementos que configuran los criterios de habitualidad y continuidad y desvirtúan la excepcionalidad en la prestación del servicio.

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad de la señora Karim Zulyma Lancheros Diazgranados; sin embargo, previo a disponer la nulidad del acto administrativo acusado y el correspondiente restablecimiento del derecho, será necesario pronunciarse frente al fenómeno jurídico de la prescripción.

De la prescripción en el contrato realidad

La prescripción es una sanción al titular del derecho por su no ejercicio dentro del término legamente establecido para ello; sin embargo, en materia de contrato realidad, diferentes habían sido las interpretaciones que se desarrollaron en torno al tema, razón por la cual el Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dictada dentro del proceso No. 230012333000201300260011, unificó lo relacionado con la materia efectuando las siguientes precisiones:

1. El término con el cual cuenta el interesado para reclamar que se declare la existencia de la relación laboral y que se proceda al reconocimiento y pago de los derechos laborales a que haya lugar es de tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato de prestación de servicios, de conformidad con las previsiones de los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969.
2. En aquellos contratos de prestación de servicios pactados por un interregno determinado y con lapso de interrupción entre uno y otro, la prescripción debe analizarse a partir de la fecha de terminación de cada uno de ellos.
3. El fenómeno jurídico de la prescripción no cobija a los aportes para pensión, toda vez que el derecho pensional es imprescriptible y se causa día a día, sin que ello cobije la devolución de dineros ya pagados por los contratistas.

Ahora bien, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios aportados al expediente y relacionados anteriormente, se observa que se presentó una interrupción de cinco meses por lo que en aplicación de la sentencia de unificación se impone analizar la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de la fecha en que finalizaron, como se pasa a ver:

⁴ Contrato No. O- 332 de 2016, clausula segunda: actividades del contratista fl. 169.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

PERIODOS LABORADOS	TÉRMINO PARA EFECTUAR LA RECLAMACIÓN
Del 30 de septiembre de 2010 al 30 de septiembre de 2013	Desde septiembre de 2013 a septiembre de 2016
Del 1º de febrero de 2014 al 31 de julio de 2018	Desde julio de 2018 a julio de 2021

Teniendo en cuenta que la reclamación fue presentada por la demandante el 21 de agosto de 2018 (fl. 61 a 64) interrumpió el término prescriptivo por una sola vez los derechos generados con ocasión de los contratos celebrados con la entidad, razón por la cual éstos se encuentran prescritos con excepción de los celebrados del 1º de febrero de 2014 al 31 de julio de 2018 (Contratos Nos. O-1610 de 2014, O-2169 de 2014, O-3052 de 2014, O-3839 de 2014, O-4624 de 2014, O-5451 de 2014, O-369 de 2015, O-1153 de 2015, O-1929 de 2015, O-2929 de 2015, O-332 de 2016, 003254 de 2016, 001678 de 2017, 009144 de 2017, 002475 de 2018 y 7641 de 2018), pues la reclamación se efectuó dentro de los 3 años siguientes a su terminación. Para los demás contratos, el término de prescripción se encuentra ampliamente vencido.

De la declaración de nulidad y el restablecimiento del derecho

De conformidad con lo anterior, esta sede judicial procederá a declarar la nulidad del acto administrativo No. OJU-E-2432-2018 del 28 de agosto de 2018 y, a título de restablecimiento del derecho⁵, se ordenará el reconocimiento y pago en favor de la demandante de: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un enfermero Código 243 grado 20⁶ de planta de la entidad demandada desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos); ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos), tomando como base lo realmente devengado por un enfermero Código 243 grado 20 de planta de la entidad; y iii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en salud⁷ y pensiones conforme a lo cotizado por un enfermero Código 243 grado 20 de planta de la entidad, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador⁸, por el periodo trabajado entre el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos).

El tiempo efectivamente laborado por la actora se computará para efectos pensionales.

Ahora bien, si bien se acreditó la relación laboral, ello no otorga la condición de empleado público, toda vez que dicha condición solamente la otorga la Constitución y la Ley con las formalidades de la relación legal y reglamentaria y, en este sentido la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que la existencia del contrato realidad no puede otorgar derechos ni condiciones por fuera del mandato legal. Así lo señaló el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, en la que dispuso *“Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal de servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior”*.

Frente a las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de las cesantías, los intereses a las cesantías por el no pago oportuno de las mismas y la sanción moratoria por el no pago oportuno, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, mediante sentencia del 11 de mayo de 2016, con ponencia del magistrado Luis Gilberto Ortegón

⁵ Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁶ De conformidad con la certificación expedida por el director operativo de Talento Humano de la entidad demandada. Folio 307.

⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 11 de mayo de 2016, dentro del proceso No. 25000234200020130647300

⁸ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Ortegón, dentro del proceso No. 25000234200020130647300, señaló que no se puede acceder a las mismas, toda vez que no se está frente a una relación legal y reglamentaria, razón por la cual, acogiendo dicho criterio, esta sede judicial no accede a estas pretensiones; así mismo, la referida Corporación señaló que en estas demandas de contrato realidad tampoco resulta procedente acceder al reconocimiento y pago de vacaciones en dinero, por tratarse de un descanso remunerado que se sufraga solo cuando el empleado adquiere el derecho a disfrutarlas y por tanto no es posible pagarlas en dinero; en consecuencia, no resulta procedente su reconocimiento.

Tampoco se accede a las pretensiones tendientes a obtener el reintegro de los dineros correspondientes a los aportes efectuados al sistema integral de seguridad social (salud y pensión), toda vez que se trata de una obligación compartida entre el empleador y el trabajador y, en ese sentido, lo que se dispone es que la entidad empleadora efectúe las cotizaciones que le corresponden como tal, de conformidad con la Ley 100 de 1993.

Respecto de la pretensión encaminada a obtener el pago de las cotizaciones impagas que la entidad debió efectuar a la caja de compensación familiar, el Consejo de Estado, mediante sentencia del 7 de octubre de 2010, con ponencia de la consejera Bertha Lucía Ramírez de Páez, dictada dentro del proceso No. 15001233100020010157701(1343-09), analizó una pretensión similar, en los siguientes términos:

“De las Cajas de Compensación

La Ley 21 de 1982 estableció la regulación de las Cajas de Compensación Familiar para cumplir las funciones propias de la seguridad social, hallándose sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la Ley; así como el subsidio familiar como aquella prestación social pagada en dinero, especie y servicio a los trabajadores de medianos y menores ingresos, en proporción al número de personas a cargo, para aliviar las cargas económicas que representa el sostenimiento de la familia, como núcleo básico de la sociedad.

De conformidad con esta normativa la demandante no disfrutó, mientras duró su relación contractual desnaturalizada, de los beneficios que otorgan las Cajas de Compensación como son, percibir el subsidio familiar y acceder a los centros de recreación, educación y cultura, entre otros, presentándose la imposibilidad de percibirlos por el transcurso del tiempo, por lo que los dineros que la Administración debió sufragar a ese ente deben ser pagados, a título de indemnización, para que la actora los disfrute, debiéndose ordenar su reconocimiento”.

En consecuencia, acogiendo la posición del Consejo de Estado, se ordenará a la entidad demandada, a título de restablecimiento del derecho⁹, pagar a la demandante los dineros que debió sufragar como cotizaciones a la caja de compensación familiar correspondiente entre el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos).

En lo que respecta a la pretensión encaminada a obtener el reintegro del valor descontado por concepto de retención en la fuente, el despacho no accede a la misma, toda vez que dichos descuentos tuvieron su fuente en la relación contractual del demandante con la demandada y fueron girados en su momento a la DIAN; adicionalmente, demostrar la existencia de la relación laboral trae como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de prestaciones en las mismas condiciones de los empleados de planta, pero no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato¹⁰.

Por último, la demandante solicitó el reconocimiento y pago de daños morales; sin embargo, no aportó prueba alguna al expediente que permita establecer la configuración de los mismos, razón por la que no se accede a esta pretensión.

3.3. CADUCIDAD

Teniendo en cuenta que en el presente asunto prosperaron las pretensiones de la demanda, dentro de las que se encuentra los aportes pensionales, que constituyen prestaciones periódicas, en congruencia con lo expuesto en la audiencia inicial en la cual se difirió la decisión sobre esta

⁹Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

¹⁰ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2015, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso No. 68001233100020090063601.

Expediente: 11001-3342-051-2019-00071-00
Demandante: KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

excepción para el momento del fallo, la demanda se encuentra exceptuada del término de caducidad, por lo que se declarará no probada esta excepción.

4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR probada la excepción de prescripción del derecho frente a los derechos laborales que se hubiesen podido causar con ocasión de la relación laboral que se configuró frente a los contratos de prestación de servicios celebrados entre la demandante y la entidad demandada del 30 de septiembre de 2010 al 30 de septiembre de 2013, conforme las consideraciones de la parte motiva. Esta prescripción no cobija los aportes de seguridad social para pensión.

SEGUNDO.- DECLARAR la **NULIDAD** del Oficio No. OJU-E-2432-2018 del 28 de agosto de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a la demandante como consecuencia de la existencia de un contrato realidad, conforme a las consideraciones expuestas.

TERCERO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a reconocer y pagar en favor de la señora **KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 55.304.773: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un enfermero Código 243 grado 20 de planta de la entidad demandada desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos); ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos), tomando como base lo realmente devengado por un enfermero Código 243 grado 20 de planta de la entidad; iii) tomar el ingreso base de cotización del demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en salud y pensiones conforme a lo cotizado por un enfermero Código 243 grado 20 de planta de la entidad, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador, por el periodo trabajado entre el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos); y iv) pagar a la demandante los dineros que debió sufragar como cotizaciones a la caja de compensación familiar correspondiente entre el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos).

CUARTO.- CONDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar a la demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

Expediente: 11001-3342-051-2019-00071-00
Demandante: KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

QUINTO.- DECLARAR que el tiempo laborado por la señora **KARIM ZULYMA LANCHEROS DIAZGRANADOS**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 55.304.773, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 30 de septiembre de 2010 hasta el 31 de julio de 2018 (descontando los días de interrupción de los contratos), se deben computar para efectos pensionales.

SEXTO.- La **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- No condenar en costas ni agencias en derecho conforme a los lineamientos de la parte motiva.

NOVENO.- Ejecutoriada esta providencia, por secretaría, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

DÉCIMO.- Ejecutoriada esta providencia, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

Lkgd

