

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO CINCUENTA Y CUATRO (54) ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Asunto : CONTRATO REALIDAD
Expediente No. : 11001 33 42 054 **2019 00108 00**
Demandante : ADRIANA MARIA CARABALI
Demandado : SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD SUR
ESE

Encontrándose el expediente al Despacho para proferir la sentencia que en derecho corresponda, en el proceso iniciado por la señora ADRIANA MARIA CARABALI, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.611.481, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIO DE SALUD SUR ESE sin encontrarse causal de nulidad que invalide lo actuado y cumplidos los presupuestos y las ritualidades procesales se procede a efectuar el análisis jurídico del sub lite, de la siguiente manera:

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

1.1. Pretensiones:

La parte actora solicita se declare:

“PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo OJU-E-3086-2018 CON NÚMERO DE RADICADO 201803510236831 de fecha 10 DE OCTUBRE DE 2018, emitido por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SU ESE, por medio del cual se **NEGÓ** el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas de la vinculación entre el **HOSPITAL TUNJUELITO – SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE** y la señora **ADRIANA MARÍA CARABALÍ** durante el periodo comprendido entre el 01 DE JUNIO DE 2008 AL 31 DE ENERO DE 2016 y no otorgó recurso alguno.

SEGUNDO: Que se **DECLARE** que la accionante **ADRIANA MARÍA CARABALÍ** fungió como Empleado Público de hecho para el **HOSPITAL TUNJUELITO** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE** en el cargo de **AUXILIAR DE ENFERMERÍA** durante el periodo comprendido entre el 01 DE JUNIO DE 2008 AL 31 DE ENERO DE 2016.

TERCERO: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE** a pagar al accionante **LA TOTALIDAD DE LOS FACTORES DE SALARIO** devengados por los **AUXILIARES DE ENFERMERÍA** de planta en la entidad demandada, los

cuales fueron causados por el demandante desde el día **01 DE JUNIO DE 2008 AL 31 DE ENERO DE 2016.**

(...) **Cesantías** causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios, liquidado con la asignación legal otorgada al cargo de los **AUXILIARES DE ENFERMERÍA** (...)

(...) **Intereses a las cesantías** causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio de cesantías año por año conforme al literal anterior.

(...) **Primas de carácter legal de SERVICIOS** de junio y diciembre de cada año (...)

(...) **Bonificación por servicios prestados** de cada año (...)

(...) **Primas de carácter legal de navidad** de cada año (...)

(...) **Primas de carácter de antigüedad** de cada año (...)

(...) el valor de los **quinquenios** causados (...)

(...) primas de **carácter legal de vacaciones** (...)

(...) compensación en dinero de las vacaciones (...)

(...) subsidios de alimentación (...)

(...) subsidios de transporte)

(...) cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en pensiones en la proporción que le corresponde a la entidad condenada de conformidad con la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios (...)

(...) a efectuar ante la entidad prestadora de salud (EPS) a la que se encuentra afiliada la demandante, las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en salud (...)

DECIMA SEPTIMA: ORDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE** para que sobre las condenas descritas en los numerales anteriores y sobre los dineros adeudados a mi mandante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal y como lo autoriza el inciso final del artículo 187 y el artículo 193 de la ley 1437 (...)

DÉCIMA OCTAVA: Que se **ORDENE** a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo que este Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

DÉCIMA NOVENA: ORDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE** a pagar intereses moratorios en favor de mi mandante si no da cumplimiento al fallo judicial dentro del término previsto en el artículo 192 Numeral 2º de la ley 1437 de 2011 conforme lo ordena el inciso 3º del mismo artículo y el numeral 4º artículo 195 del CPACA.

VIGÉSIMA: Que se **CONDENE** a la entidad demanda al pago de las costas y expensas en este proceso (...)"

1.2. Hechos de la demanda

Como sustento de hecho de las pretensiones, la parte demandante narró lo siguiente:

- La señora Adriana María Carabalí prestó sus servicios profesionales como Auxiliar de Enfermería de forma personal, constante e ininterrumpida a la

Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. desde el 01 de junio de 2008 al 31 de enero de 2016, a través de contratos de prestación de servicios.

- La labor desarrollada por la demandante ha sido con vocación y permanencia en desarrollo de la misión de la entidad cual es la prestación del servicio de salud, presuntamente y según manifestaciones de la parte actora subordinada de acuerdo a las órdenes de tiempo, modo y lugar, percibiendo como contraprestación unas sumas de dinero pactadas en cada contrato, cumpliendo horarios de lunes a viernes de 08:00 de la mañana a 05:00 de la tarde dos fines de semana al mes turno de 12 horas.

- La accionante realizaba las funciones de Auxiliar de Enfermería similares a las que tenía el personal de planta en esa misma modalidad, tales como: prestar servicios asistenciales como auxiliar de enfermería en los servicios ambulatorios según la asignación que determine la institución, prestar servicios acorde con la programación de la institución, cumplir con los protocolos, guías, manuales de proceso y procedimientos, responder por el buen uso de elementos y equipos asignados, hacer en debida forma la entrega y recibo de turnos.

- La entidad demandada le exigía a la actora afiliarse a la seguridad social en salud y pensiones.

- A la accionante nunca le realizaron anticipos a sus contratos, no podía delegar funciones a ella asignadas, para ausentarse debía pedir autorización de su jefe inmediato. Siempre utilizó las herramientas suministradas por la entidad para desarrollar su actividad.

- Mediante reclamación administrativa radicada el día 24 de septiembre de 2018 ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., la actora solicitó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos resultantes de la relación laboral existente entre las partes, así como el pago de los emolumentos dejados de percibir y la devolución de los aportes a seguridad social que debió cancelar la entidad.

- Mediante acto administrativo OJU-E-3086-2018 con No. De radicado 201803510236831 del 10 de octubre de 2018, la entidad accionada emitió respuesta negativa a la reclamación del pago de acreencias laborales y prestaciones sociales y no otorgó recurso alguno.

1.3. Normas violadas y concepto de la violación

En criterio de la parte actora, los actos administrativos acusados violan los siguientes artículos:

- Los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1 de la Constitución Política.
- Ley 6 de 1945, Decreto 2127 de 1945, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1042 de 1978, Decreto 1045 de 1978, Decreto 2400 de 1979, Decreto 3074 de 1968, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1968, Decreto 1045 de 1968, Decreto 1335 de 1990, Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1437 de 2011, Ley 1564 de 2012, Ley 1952 de 2019, Ley 100 de 1993, Ley 224 de 1995, entre otras.
- Sentencias C -171 de 2012, C-555 de 1994, SU-400 de 1996, C-053 de 1996, C-154 de 1997, C-901 de 2011, C-171 de 2012, C-614 de 2009, SUJ2 No. 5 de 2016.

El apoderado de la parte demandante manifestó que la Subred Integrada de Servicio de Salud Sur ESE pretende desconocer la naturaleza de la vinculación de la accionante con el Hospital Tunjuelito amparándose en la figura de prestación de servicios, la cual es inaplicable en el presente asunto.

Indicó que contratar a personal a través de la prestación de servicios cuando en realidad la relación se rige bajo los parámetros de la subordinación y dependencia, es un acto reprochable, abusivo y lesivo de los derechos del trabajador, cuya única finalidad es evitar el pago de acreencias laborales y prestaciones sociales y, que en el presente caso está demostrada la relación subordinada y dependiente de la accionante con la entidad.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El apoderado judicial de la Subred Integrada de Servicio de Salud Sur ESE se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por considerar que la demandante se vinculó al hospital mediante varios contratos de prestación de servicios autónomos e independientes entre sí, iniciando el 01 de junio de 2008 al 31 de enero de 2016. Que se vinculó a la accionante por medio de contratos de prestación de servicios, teniendo en cuenta que presentaba su oferta como contratista independiente, por lo que no se puede confundir la modalidad de contratación. Agregó que los contratos suscritos entre las partes fueron celebrados sin ningún tipo de vicio del consentimiento y sobre las directrices de normas privadas, en razón de las calidades ofrecidas por la contratista, por el término indispensable y liquidados en su oportunidad de común acuerdo entre las partes, declarándose a paz y salvo por todo concepto.

Propuso como excepciones: inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, la relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes e innominada.

3. AUDIENCIA INICIAL, AUDIENCIA DE PRUEBAS y AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO.

- El 9 de octubre del 2019, se llevó a cabo **audiencia inicial**, en la cual (Fls. 97 a 102):

- 1) Se negó la excepción de caducidad propuesta por la entidad demandada y se determinó que las demás excepciones propuestas constituían argumentos de defensa que debían ser valorados al momento de resolver de fondo el asunto.
- 2) El litigio queda circunscrito a establecer la legalidad del **Oficio No. 201803510236831 de 10 de octubre de 2018**, proferido por el Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E. y si le asiste derecho o no a la demandante a que se le reconozca la existencia de una relación laboral durante el tiempo que ha estado vinculada bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios en la entidad demandada sin solución de continuidad.
- 3) Se decretaron pruebas documentales y testimoniales.

- El 27 de noviembre de 2019, se llevó a cabo **audiencia de pruebas**, en la que se le otorgó valor probatorio a las pruebas documentales aportadas al expediente; se practicó el interrogatorio de parte de la demandante y se fijó fecha para continuar con la audiencia de pruebas (Fls. 127 a 131).

- El 28 de febrero de 2020, se llevó a cabo la **continuación de la audiencia de pruebas**, en la que se recibieron los testimonios de Eulices Ortíz Rodríguez y Giannina Patricia Romero Ramírez. El apoderado de la parte demandada solicitó la tacha de los testigos. Se cerró el debate probatorio y se ordenó la presentación por escrito de las alegaciones finales (Fls. 142 a 147).

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1 El 02 de marzo de 2020, el apoderado de la **parte demandante** presentó alegatos de conclusión (Fls. 148- 154), en los que manifestó que con los testimonios rendidos se conocieron las circunstancias propias de la reclamación de la accionante, toda vez que sus declaraciones se ciñeron a la verdad.

Asimismo, indicó que con la documental aportada, está demostrado que existía en planta el mismo cargo de la actora, lo que se corrobora con el manual específico de funciones de la entidad; que era obligatorio que la accionante portara carnet, cumpliera un horario de trabajo, entre otros.

Agregó que el hecho de que la demandante cumpliera sus funciones en el área de vacunación y su servicios los prestara fuera de las instituciones de la entidad accionada, no configura la independencia o autonomía de la accionante, debido a que tenía que cumplir un horario laboral, el transporte para desplazarse a las áreas de vacunación era suministrado por la subred, quien le facilitaba una camioneta; la accionante no escogía los lugares para vacunar sino que ejercía la actividad conforme a los lineamientos y planeación efectuada por la entidad; debía portar los distintivos que la acreditaban como funcionaria de la subred; la entidad le suministraba las herramientas para laborar (jeringas, sueros, medicamentos y demás), la prestación del servicio debía ser presencial y no podía delegar sus funciones a un tercero, circunstancias que demuestran la relación subordinada de la accionante con el hospital.

Finalmente, frente a las prestaciones a reconocer hizo referencia a que se debe reconocer y pagar a favor de la accionante todas las acreencias laborales que se le otorgan a un trabajador de planta que labore en un cargo equivalente o similar en el que se desempeñó la accionante.

4.2 El 12 de marzo de 2020, el apoderado de la **parte demandada** presentó alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda. Indicó que la actividad de la contratista puede ser igual a la de empleados de planta, pero no es menos evidente que ello se debe a que este personal no alcanza para colmar la aspiración del servicio público, situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Agregó que en dado caso, como restablecimiento del derecho se debería ordenar el pago de prestaciones sociales devengadas por un servidor público que ejerza las mismas funciones o similares pero con base en los honorarios pactados dentro del contrato de prestación de servicios; indicó que no es viable incluir en la liquidación el monto de las vacaciones porque las mismas constituyen un descanso remunerado y por lo tanto no tienen connotación de prestación salarial; que no se deben reconocer las prestaciones sociales o primas extralegales pactados en convención colectiva, porque las mismas son propias de trabajadores oficiales y no de empleados públicos; que no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios porque no se puede predicar mora con anterioridad a que se configure el derecho y los intereses moratorios solo surgen a partir de la ejecutoria de la sentencia.

CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Este Despacho es competente para conocer y decidir el asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 2° del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde al Despacho determinar si existió vínculo laboral entre la señora ADRIANA MARIA CARABALI, identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.611.481 de Bogotá y el Hospital de Tunjuelito hoy Subred Integrada de Servicio de Salud Sur ESE y si en consecuencia de ello, le asiste derecho al pago de prestaciones sociales y demás derechos laborales que se le adeuden.

3. ACTOS ADMINISTRATIVOS DEMANDADOS.

En el presente asunto se debate la legalidad establecer la legalidad del **Oficio No. 201803510236831 de 10 de octubre de 2018**, proferido por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, mediante el cual se negó la vinculación de carácter laboral así como el pago de las prestaciones económicas y demás derechos laborales derivados de aquella a favor de la señora Adriana María Carabalí.

4. CUESTIÓN PREVIA. TACHA DE TESTIMONIO

Al respecto, es pertinente en este instante procesal indicar que el artículo 211 del Código General del Proceso presupone que cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de aquellas personas que se encuentren en circunstancias que afecten la credibilidad o imparcialidad del mismo por razón de parentesco, dependencias, sentimientos o intereses respecto de las partes, de la siguiente manera:

*“Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en **circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.***

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. **El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso**”.* (Resaltado fuera del texto)

Luego, conforme lo indicado en aquel artículo es menester del juez analizar las razones presentadas por la parte que solicitó la tacha del testimonio, de acuerdo

a las circunstancias de cada caso y al momento de tomar una decisión de fondo. Sobre este punto cabe resaltar que el Honorable Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia de 02 de marzo de 2017, Magistrado Ponente Doctor Ramiro Pazos Guerrero (Proceso No. 13001-23-31-000-2002-00945-01(35818)) indicó frente a la tacha de los testimonios lo siguiente:

*“De entrada precisa reiterar que la existencia de una relación laboral entre el declarante y una de las partes hace que el testimonio se considere como sospechoso (artículo 217 del Código de Procedimiento Civil); sin embargo, esa sola circunstancia no determina la prosperidad de la tacha, **sino que su apreciación exigirá del juez un ejercicio más riguroso, con el ánimo de descartar posibles favorecimientos o sesgos como consecuencia del hecho generador de la sospecha** (inciso final del artículo 218 del Código de Procedimiento Civil). En ese orden, los testimonios tachados se muestran contestes con los demás elementos probatorios obrantes en el proceso, sin que se evidencie en ellos un afán de favorecer a la demandada, sino simplemente de rendir un relato sobre los hechos que conocieron como consecuencia de la vinculación laboral”. (Resaltado fuera del texto)*

Sobre la misma situación, la Sala plena del Consejo de Estado en sentencia de 17 de enero de 2012, magistrada Ponente Doctora: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (Proceso No. 11001-03-15-000-2011-00615-00(PI)) adujo lo que sigue:

*“(…) vale decir que la tacha de los testigos **no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria**”. (Resaltado fuera del texto)*

Ahora bien, estando en la etapa procesal para dictar sentencia, es imperativo adoptar una decisión de fondo respecto de la tacha de sospecha de los testimonios del señor Eulices Ortiz Rodríguez y la señora Giannina Patricia Romero Ramírez propuesta por la parte demandada en la continuación a la audiencia de pruebas del 28 de febrero de 2020, quien consideró que por el hecho de que la testigo Giannina Patricia Romero Ramírez tuviera en curso una demanda contra la Subred Sur ESE y que la accionante - Adriana María Carabalí - fuera testigo en dicho proceso su declaración era sospechosa, y porque el testigo Eulices Ortiz Rodríguez también tenía una demanda en curso contra la entidad accionada.

Al respecto, el Despacho considera que la versión de los declarantes no está afectada de credibilidad o parcialidad, en atención a que es al operador judicial a quien le corresponde, conforme a las reglas de la sana crítica valorar la prueba testimonial recepcionada; tampoco se observa el afán de los testigos en favorecer a la parte actora, sino que contrario a ello, lo que se puede determinar es un simple relato de las circunstancias y hechos que conocieron como consecuencia de su relación laboral con la entidad demandada y bajo el presupuesto de ser compañeros de trabajo de la accionante, testigos directos de los hechos objeto de litigio que nos ocupan en este proceso; razón por la cual, los testimonios

recepcionados, tiene plena validez y eficacia para ser tenidos en cuenta al momento de adoptar la decisión de fondo, por lo que la sospecha no está llamada a prosperar.

Ahora bien, en gracia de discusión, advierte esta Sede Judicial que el apoderado de la entidad demandada no hizo una mayor exposición de la tacha de los testigos, sino que solo se centró en indicar que por motivo de que los declarantes tuviera una demanda en contra de la subred, su declaración no gozaba de credibilidad.

5. MARCO NORMATIVO.

Para efectos de dilucidar la cuestión litigiosa el Despacho procede a establecer el marco legal aplicable, de tal suerte que sea factible determinar los efectos jurídicos que deban ser tenidos en cuenta para resolver la solicitud de la parte demandante.

En primer lugar, es menester referirse a La Ley 80 de 1993 que en su artículo 32, numeral 3, dispone:

“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:*

(...)

3 Contratos de prestación de servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no pueden 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.”

El artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo, en los siguientes términos:

“1. (...) Es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal o otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 123 consagra los elementos esenciales para que se configure un contrato de trabajo, como son:

- a.) *La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo.*
- b.) *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del*

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

c.) *Un salario como retribución del servicio.*

Estos tres elementos, son constitutivos de una relación contractual del trabajador oficial, diferentes de las exigencias previstas para las relaciones legales. Distinta es la situación del contrato de prestación de servicios, al cual la administración por disposición legal puede celebrar con personas naturales, cuando la planta de personal no alcance para atender eficazmente el funcionamiento normal y adicionalmente, cuando se requieran conocimientos especializados.

Como vimos líneas atrás, la Ley 80 de 1993 contempla que quienes celebren contratos bajo la modalidad de prestación de servicios, no tienen derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales por cuanto el propósito de dichos contratos es desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, a fin de satisfacer las necesidades en beneficio del interés público.

Sin embargo, tal situación podría variar cuando se logre demostrar que mediante el contrato de prestación de servicios se pretenda desnaturalizar el contrato de trabajo, relación propia de los trabajadores oficiales que en las entidades públicas distintas a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y a las de Economía Mixta, se dediquen a las labores de construcción y mantenimiento de obras públicas, cuya relación es estrictamente contractual, regida por contrato laboral, así sea que las formalidades indiquen un contrato de prestación de servicios. O en el caso de los empleados públicos, cuando se desnaturalice el propio vínculo laboral.

Así mismo la H. Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997¹, estableció las diferencias entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, así:

“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.*

¹ Sentencia del 19 de marzo de 1997, Expediente: D-1430, M.P. Hernando Herrera Vergara.

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

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

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

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

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

“(…) Como bien es sabido, el **contrato de trabajo** tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure **se requiere de 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 ordenes 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 esa 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 horarios de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho a prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo. (Negrilla del Despacho).

En este orden de ideas, se puede colegir que el contrato de prestación de servicios puede ser desnaturalizado siempre y cuando sea evidente la subordinación o dependencia respecto del empleador, lo cual conlleva el derecho al pago de prestaciones sociales o indemnización a título de restablecimiento del derecho, según sea el caso.

Para desvirtuar el contrato de prestación de servicios se deben acreditar tres elementos característicos de toda relación laboral, así lo manifestó el H. Consejo de Estado en la providencia del 23 de junio de 2005, Expediente No. 0245, Consejero Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, (...).”

Este mismo criterio fue reiterado por el Alto Tribunal Contencioso Administrativo en pronunciamiento del 17 de abril de 2008², cuando señaló:

“Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y, en ese evento, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales (art. 53 C.P.).

Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la

² Expediente 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), C.P. Jaime Moreno García.

necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.”

Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:

*“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**” (Se destaca).*

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 - 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.”

Y en igual sentido la misma Corporación³ posteriormente sobre los elementos que desvirtúan la existencia de un contrato de prestación de servicios expuso:

“No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión. El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de

³ Consejo de Estado, sentencia del 19 de febrero de 2009, C.P. Doctora: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

(...)

“El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

(...)

La tesis que actualmente maneja esta Corporación al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios. Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones (...)

De conformidad con las normas transcritas y la jurisprudencia citada en precedencia, se puede arribar a dos conclusiones: la primera, que para que haya una vinculación laboral se requiere que concurren tres elementos, a saber: a) La **actividad personal del trabajador**, es decir, realizada por sí mismo, b) Continua **subordinación o dependencia** del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, dependencia que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato, y c) Un **salario** como retribución del servicio, y la segunda, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre la subordinación o dependencia del empleado respecto del empleador, evento en el cual surgirá no la declaratoria de una relación legal y reglamentaria, puesto que la calidad de empleado público requiere el cumplimiento de ciertos requisitos tanto constitucionales como legales, sino el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en virtud del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales.

Sobre el elemento de la subordinación o dependencia, punto álgido en el caso de autos, en el mismo pronunciamiento la Corte Constitucional⁴ expuso lo siguiente:

“Subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador en el contrato de trabajo.

(...)

7. Esta corporación ha señalado que la relación de subordinación del trabajador es determinante de la relación laboral, que el poder subordinante del empleador comprende de modo general la dirección de las actividades de aquel, la imposición de reglamentos y la función disciplinaria y que el empleador está sujeto en su ejercicio a los límites constitucionales que imponen el respeto a la

⁴ Sentencia C-154 de 1997.

dignidad humana, a los derechos fundamentales que en ella se sustentan y a los principios mínimos fundamentales en materia laboral, así:

*“La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un **poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.***

*“**Se destaca** dentro del elemento subordinación, no solamente el **poder de dirección**, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el **poder disciplinario** que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél”.*

De lo anteriormente expuesto, se colige que es imprescindible la acreditación de los elementos descritos para desvirtuar la existencia de un contrato de prestación de servicios, contrario sensu, evidenciar la relación laboral, que de demostrarse acarreará el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, que establece el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales, en aras de proteger los derechos mínimos de las personas, contemplados en normas que regulan la materia.

Finalmente, es conveniente traer a colación la sentencia de 15 de junio de 2011, proferida por el Honorable Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Magistrado Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve (Proceso No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10)), a través de la cual indicó que el accionante está obligado a demostrar, además de los elementos necesarios para que exista una relación laboral, 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:

“En sentencia de fecha 18 de noviembre de 20034, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento “coordinación”. No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento “subordinación” aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

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.” (Subrayado fuera del texto).

6. CASO CONCRETO

En atención a lo expuesto previamente, se procederá a estudiar la situación particular de la demandante para establecer si tiene o no derecho a las prestaciones reclamadas, toda vez que la prosperidad del reconocimiento de sus derechos laborales se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra el Despacho a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda.

6.1 Actividad personal del trabajador.

Conforme a las pruebas obrantes en el expediente, específicamente la certificación expedida por la directora de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE obrante a folios 38 y 124 del expediente, está debidamente probado que la señora Adriana María Carabalí prestó sus servicios a la entidad – Hospital de Tunjuelito, mediante contratos de prestación de servicios por el periodo de tiempo comprendido entre el **26 de septiembre de 2008 al 20 de agosto de 2016**, desarrollando las siguientes actividades:

- Del 26 de septiembre de 2008 al 31 de enero de 2012 desarrolló actividades como **Promotora Social**.
- El 3 de julio de 2012 al 20 de agosto de 2016 desarrolló actividades como **Auxiliar de Enfermería – Territorio Salud Pública**.

Del interrogatorio rendido por la señora Adriana María Carabalí en la audiencia de pruebas celebrada el 27 de noviembre de 2019, se permite afirmar sin duda alguna que efectivamente la labor se ejecutó en forma personal por la accionante (fl. 127 medio magnético-).

6.2 Continúa subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, dependencia que debe

mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

Respecto al elemento de la subordinación, el Consejo de Estado, ha indicado que el interesado debe acreditar en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y “(…) especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito”⁵. (Subrayado fuera del texto).

De los testimonios decretados y practicados en audiencia de pruebas, el despacho observa que los testigos Giannina Patricia Romero Ramírez y Eulices Ortiz Rodríguez en sus declaraciones únicamente hicieron referencia al cargo desempeñado por la accionante como Auxiliar de Enfermería – Territorio Salud Pública y no al cargo desempeñado como Promotora Social. Al respecto, manifestaron lo siguiente:

- La señora Giannina Patricia Romero Ramírez en diligencia de testimonio (Cd Fl. 142), manifestó que:

- Conoce a la accionante porque entró al hospital de Tunjuelito el 11 de junio de 2013, ella fue auxiliar suya, en ese momento trabajó como enfermera de territorios.
- Fue compañera de trabajo de la demandante por aproximadamente 3 años
- Hacían actividades conjuntas como visitas en las casas, reuniones con la comunidad, iban a jornadas.
- No tiene conocimiento si en la entidad había un cargo de planta igual o similar al de la accionante porque con las personas con las que trabajaba todas tenían contratos por prestación de servicios.
- Debían cumplir con un horario de trabajo establecido, les decían la hora en la que tenían que llegar 7 u 8 de la mañana y donde no llegaran a esa hora les descontaban las jornadas. La referente de salud pública les decía que tenían que estar disponibles 24/7, tenían que ir domingos y festivos, el día que fuera para culminar sus actividades, las jornadas de los domingos también tenían que llegar a las 7 de la mañana.
- No tiene conocimiento si a la accionante le descontaron por no cumplir su horario de trabajo. Indicó que el despido de ella fue porque llegó un poco tarde, sin ni siquiera tener programadas las actividades a realizar.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, Sentencia del 4 de marzo de 2010, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Exp. 1413-08

- Le consta las actividades que realizaba la accionante, toda vez que se realizaban en compañía de auxiliar de enfermería, médicos, sicólogos, fisioterapeutas, tenían que realizar visitas a viviendas, jornadas, reuniones con las comunidades.
- Todos tenían la orden de ejecutar todas las actividades. Como ejemplo señaló que las órdenes para ejecutar los barridos eran llegar a las 7 u 8 de la mañana y hacer un barrido por barrio.
- La accionante no podía encomendar las actividades a otras personas, la persona que no realizaba su actividad se le descontaba, no podía encomendar a un tercero la actividad que debía hacer.
- La entidad les proporcionaron maletas, chaqueta distintiva, carnet, gorra, un kit para la toma de tensión, se turnaban las básculas.
- Indicó que estuvieron trabajando en el gobierno de Gustavo Petro que era lo de territorios saludables y solo se dedicaban a estar en campo únicamente, solo salud pública. Ella estuvo por 3 años y medios, que es el tiempo que conoció a Adriana, pero que ella había llegado desde antes.
- Actualmente tiene un proceso contra la Subred Sur ESE en donde la accionante es testigo en ese proceso.
- Tenían unas jefes, Marisol Velandia era la jefe de Salud Pública en ese momento y habían otros 3 referentes por territorio, a medida que iban llegando les decían a qué territorio debían ir, como el territorio de Tunjuelito.
- Indicó que habían carros para transporte pero no estaban disponibles para toda la jornada. Indicó que en algún momento de pronto le asignaron el vehículo al accionante pero no era que la llevara a todo lado sino que la dejaban en algún sitio.
- Los honorarios se los pagaban después de pasar una cuenta de cobro y era mes vencido, les pagaban en los primeros 10 o 15 días del siguiente mes. Recibían los honorarios en una cuenta bancaria.
- La accionante debía identificarse ante los usuarios debía tener una chaqueta distintiva y un carnet.
- El horario que debía cumplir la accionante no estaba estipulado en el contrato de prestación de servicios.
- No le consta si le descontaron a la accionante por no cumplir el horario de trabajo.
- Las actividades a realizar estaban dentro del contrato.
- El coordinador le daba la orden a la accionante para ejercer su profesión de auxiliar de enfermería. Ejemplo, tomas de signos vitales, hacer una nota de enfermería.
- No le consta que la accionante haya delegado su trabajo a un tercero.
- El hospital entregaba todos los elementos, chaquetas, básculas, etc. porque ellas estaban en la calle y para que la gente les prestara la atención debida. No le consta que esté en el contrato.

- En los contratos de prestación de servicios no estaban estipulados los territorios donde se iban a ejercer su profesión como auxiliar de enfermería en el programa de vacunación.
- Sabe que la accionante tenía una cuenta bancaria para que le pagaran.
- Agregó a lo manifestado que estaban obligadas a firmar los contratos independientemente de lo que dijeran por ser madres cabeza de familia.

El señor Eulices Ortiz Rodríguez en diligencia de testimonio (Cd Fl. 143), manifestó:

- Ser médico.
- Ser compañero de trabajo con la demandante en el Hospital de Tunjuelito por varios años, aproximadamente desde el 2004 al 2016 y la accionante fue compañera de trabajo por 7 años.
- Que en el Hospital de Tunjuelito hay muchas enfermeras de planta, porque en esa época se realizaron varias convocatorias para ser empleados de planta, de prestación de servicios a planta.
- Indicó que el horario que tenían era de 7:00 am hasta las 5:00 pm de lunes a viernes y los sábados hasta el mediodía.
- Casi siempre habían reuniones para la entrega de lo que se debía hacer en la semana. En caso de no asistir a las reuniones los coordinadores llamaban la atención y exigía la incapacidad o la justificación. Habían unos coordinadores que estaban pendientes de que los empleados asistieran a las reuniones que ellos citaban y cumplieran el horario. Sino cumplía lo que se debía hacer en el día se le descontaba (glosas).
- En programa, las actividades que se realizaban eran para prestar servicios de salud (valoraciones médicas) directamente en las casas de los casos priorizados, le daban la orden de que tenía visitar tantos niños en el mes, adultos mayores, gestantes, etc. Para que los médicos realizaran las visitas, las auxiliares tenían que ir casa por casa preguntando (caracterizando) y si encontraban esas prioridades ellas las atendían y les remitían a los médicos los pacientes para que pudieran ir a verlos. Para eso, les daban a las auxiliares un territorio para que hicieran las consultas de enfermería.
- La orden y la instrucción la daban los coordinadores, los médicos y las auxiliares de enfermería tenían metas a cumplir. La instrucción era *“tenían que hacer tantas caracterizaciones (10 o más) en un día”*, sino lo cumplían le descontaban una glosa.
- Cada mes les hacían firmar un contrato, en el que decía que las funciones no se podían delegar, no podía enviar un remplazo.
- Indicó los elementos que le daba la entidad para identificarse, como chaqueta, cachucha, carnet, a los médicos les daban tensiómetro, fonendo y en una ocasión les pusieron a cargar una pesa.

- Actualmente tiene una demanda de reconocimiento de contrato realidad contra la Subred Sur ESE. Indicó que la accionante no es testigo en su proceso.
- Indicó que la accionante tenía un territorio y los coordinadores los llamaban y pasaban en un carro y les hacían seguimiento, por eso se debía estar en su territorio – en el área que le correspondía.
- Les hacían abrir una cuenta en Bancolombia en donde le consignaban lo del mes.
- De las actividades de las enfermeras salía el insumo para los médicos. Las enfermeras hacían las caracterizaciones y la consulta de enfermería en todo el territorio asignado. No recuerda cuantas caracterizaciones debía hacer la accionante.
- Indicó que la accionante hacía las actividades que estaban en el contrato sino no le pagaban.

De los testimonios anteriores, se deduce que las actividades desarrolladas por la demandante en la entidad accionada se realizaron como trabajo de campo únicamente – salud pública- toda vez que tenía realizar visitas a viviendas para caracterización y consultas de enfermería en el territorio asignado, reuniones con las comunidades y barridos por barrios (vacunación), asimismo que dichas actividades no fueron fruto de la actividad liberal de su profesión, sino que por el contrario se ejecutaron en forma subordinada y no independiente, por cuanto como lo manifestaron los testigos, la accionante tenía que llegar a una hora indicada (7 u 8 am) sino le descontaban el día; tenía una coordinadora quien era la persona encargada de asignar el territorio para las consultas de enfermería y quien se encargaba de verificar el cumplimiento del horario, además de asignar las instrucciones de las caracterizaciones que debían realizar las auxiliares de enfermería durante el día (10 visitas o más), y no tenía autonomía para delegar las funciones asignadas en un tercero.

Por su parte, la demandante Adriana María Carabalí, en diligencia de interrogatorio de parte (Cd Fl. 127) hizo referencia a los dos cargos que desempeñó en la entidad accionada, en los siguientes términos:

- Manifestó que no sufría de ninguna enfermedad mental al momento de suscribir los contratos de prestación de servicios con la entidad subred sur.
- La entidad no utilizó ningún instrumento para que firmara los contratos de prestación de servicios.
- No presentó por escrito ninguna objeción contra los contratos.
- La subred sur le pagó los honorarios por el contrato de prestación de servicios.
- Tiene título técnico de enfermería del Instituto Inesax Cali – Valle.

- Conocía el objeto del contrato que firmó.
- Realizó diferentes actividades porque rotó por varias áreas, estuvo en salud mental donde manejaba los pacientes psiquiátricos, hacía terapia de apoyo a los psicólogos, terapias ocupacionales, terapias lúdicas y recreativas y que en esa área duró 4 años y medio; después pasó al área PID donde realizaba controles de crecimiento y desarrollo, controles al adulto mayor crónico, controles a las gestantes, participaba de ciertos consejos fuera de la institución que eran dados a la comunidad, por más de tres años trabajó en salud pública donde hacía visitas de seguimiento en salud a la comunidad en los barrios de San Benito, Tunjuelito, San Carlos y Venecia, en esa actividad duraba casi todo el día porque tenía hora de ingreso y no de salida porque debía garantizar la cantidad de visitas que se le exigían para lograr la meta y así le pagaran el sueldo estipulado en el contrato.
- Le daban instrucciones, tenía el jefe directo, la coordinadora del programa y tenían intervención del gerente que daba directrices de las actividades a realizar. Cuando estaba en el punto, tenía el coordinador del punto y recibía directrices de él para realizar las actividades.
- El supervisor o coordinador del contrato tenía como función vigilar, ordenar la realización de las actividades que se iban a hacer en el día, ellos no las acompañaban todo el día, solo en la hora de ingreso a la entidad y les daban el instrumento para realizar las actividades afuera y los supervisaban todo el tiempo dentro del terreno; por teléfono les hacían el seguimiento, si estaban dentro del terreno, si estaban haciendo las actividades, qué usuarios estaban manejando, el tipo de actividad que se le estaba haciendo al usuario.
- Se afilió como independiente y pagó la seguridad social porque el contrato se lo exigía, si no llevaba el comprobante del pago no le pagaban sus honorarios.
- Se anexaban cuatro documentos para la certificación para pago, que eran el pago de seguridad social, el pago ARL, el fondo de pensiones y los que quisieran el pago a la caja de compensación familiar.
- Debía realizar informes mensuales en la certificación para pago, para que ellos corroboraran que las actividades se habían realizado. Realizaba notas de enfermería.
- El contrato era mensual, todo el tiempo estaba expuesta a que se hacía terminación del contrato. Desconocía que su contrato se terminaba el 31 de enero de 2016, porque en esos días hubo un corte por 3 días y en esos días viajó a Cali y estuvo incapacitada por 5 días porque tenía una gastroenteritis y al regresar le comunicaron que trabajaba hasta el 31 de enero por no haberse presentado el día 5.
- Indicó que cuando firmó el contrato del 01 de octubre de 2015 sabía que el término de duración del contrato era de 1 mes hasta el 01 de noviembre de 2015. Manifestó que unos contratos eran de 3 meses y otros de 5 meses.

- Conocía el vencimiento del contrato del 31 de enero de 2016 y que la subred le renovaba el contrato mensual y trimestral.
- Tenía que cumplir horario, si llegaba tarde se le descontaba una hora del salario, firmaban a diario las actividades, mensualmente se hacía el conteo de las actividades que se lograron hacer y dependiendo de eso era el salario, los llamados constantes del territorio y se hacían actividades los sábados y domingos, si no se hacían se descontaban del salario.
- Tuvo varias ocasiones de encuentro con el Gerente porque le estaban descontando unas glosas que no se habían causado pero para el hospital tenían que ser descontadas colectivamente. En una ocasión el gerente le hizo seguimiento del terreno para ver si estaba cumpliendo con las actividades. En el seguimiento no le decían el momento de llegada al gerente y ella tenía que estar en el sitio haciendo la actividad.
- Las Directrices que recibía eran de entrada (llegada) porque no tenían horario de salida y el cumplimiento de la meta (actividades). Indicó que se manejaban 120 visitas y que diariamente tenía que hacer 10 visitas. Que duró 4 años realizando las visitas y 4 años estuvo en salud mental asistiendo a los psicólogos y psiquiatras en donde manejaba un horario de 7:30 am a 5:30 pm.
- El horario se cumplía en las mañanas porque se hacía entrega diaria del producto al otro día, ellos daban la espera hasta las 8:30 am, yo tenía que estar a las 7:00 am porque de 7:00 a 8:30 se hacía la recogida de los productos, si en ese lapso de tiempo yo no llegaba se me descontaban las visitas del día anterior.
- Le dieron diploma por compromiso y por puntualidad, se lo asignó la coordinadora del programa.

De la declaración anterior, se extrae que la accionante trabajó durante 4 años y medio en el área de salud mental en donde manejaba pacientes psiquiátricos y realizaba terapias ocupacionales, terapias lúdicas y recreativas, donde manejaba un horario de 7:30 am a 5:30 pm. Que trabajó por más de 3 años en el área de salud pública en donde hacía visitas de seguimiento en salud a la comunidad en los barrios de San Benito, Tunjuelito, San Carlos y Venecia; que tenía un horario de entrada de 7:00 a 8:30 am porque debía hacer la entrega del producto del día anterior, si en ese horario no se presentaba se le descontaban las visitas del día anterior; que no tenía un horario de salida porque debía garantizar las cantidad de visitas exigidas para cumplir la meta, que se manejaban 120 visitas y que diariamente tenía que realizar 10 visitas; que recibía instrucciones de la coordinadora del programa y que le hacían seguimiento del cumplimiento de las actividades por teléfono y que en una ocasión, el gerente de la entidad le realizó dicho seguimiento.

De las declaraciones anteriores, el Despacho concluye que la accionante en el cargo de auxiliar de enfermería – salud pública - se encontraba bajo la sujeción de órdenes y condiciones para desarrollar su trabajo, toda vez que debía realizar obligatoriamente 10 visitas diarias a viviendas y las debía reportar al día siguiente en el horario de 7:00 am a 8:30 am, lo que evidencia que dichas órdenes y condiciones desbordan las necesidades de coordinación que debería tener un contratista autónomo, además de que le realizaban seguimiento telefónico de la labor desarrollada y no podía delegar en un tercero las funciones asignadas, por lo que en esa medida es claro que existió una subordinación continua.

Es de aclarar que el servicio prestado por la demandante como Auxiliar de Enfermería era indispensable para la entidad demandada, por ser un cargo de nivel asistencial dentro del Sistema Nacional de Salud (Artículo 3 del Decreto 1335 de 1990) en un hospital de segundo nivel, por lo que es claro que las funciones desarrolladas por la demandante eran inherentes a la misión del hospital, circunstancias, que hacen ver al Despacho que lo previsto en la ley y jurisprudencia prescrita en líneas anteriores se configura en el presente asunto dado que la subordinación del Hospital Tunjuelito II Nivel ESE hoy Subred Integrada de Servicio de Salud Sur ESE, se determinó en impartir órdenes a la actora quien prestaba el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horarios de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica una relación laboral con derecho a prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Otro aspecto importante en el presente caso, resulta del hecho de que la demandante estuvo vinculada a la entidad desde el 26 de septiembre de 2008 al 31 de enero de 2012 en el cargo de promotora de salud y desde el 03 de julio de 2012 al 20 de agosto de 2016 en el cargo de auxiliar de enfermería – Salud Pública, éste último con interrupciones muy cortas, en el que estuvo vinculada por cuatro años, dejando claro que no son labores ocasionales, sino que por el contrario demuestra que las actividades realizadas hacen parte de la misión de una Institución Promotora de Salud, con el fin de cumplir los planes de prevención.

Ahora bien, resulta oportuno anotar que los contratos firmados por la accionante – en el cargo de Auxiliar de Enfermería – Territorio Salud Pública - se hacían bajo la clase de contrato de prestación de servicios, por lo que había continuidad de la labor y en las órdenes que debía cumplir la accionante. Así que no queda duda que el elemento de **subordinación** se da en el sub examine.

En cuanto al cargo de Promotora de Salud, considera el Despacho que no se encuentra probado el elemento de la subordinación, en atención a que ninguno de

los testigos hizo referencia en su declaración a dicho cargo y las pruebas obrantes en el expediente únicamente dan cuenta de que la accionante fue contratada bajo la modalidad de prestación de servicios para desarrollar el cargo de Promotora de Salud por la entidad accionada, contrato que tenía por objeto “(...) 1,- Realizar actividades lúdico - recreativas que contribuyan con los objetivos terapéuticos. 2,- Realizar seguimiento telefónico a los pacientes. 3,- Realizar reporte de actividades. 4,- Cumplir con las demás actividades atinentes al objeto del contrato, indicadas por el supervisor del mismo y de acuerdo a las necesidades del servicio en la Unidad donde sea requerida. B.- Cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos del Hospital (...)”.

Asimismo, el Juzgado precisa que adicional a que no está probado el elemento de subordinación en este cargo, también existe prescripción debido a que dicha prestación de servicio inició el 26 de septiembre de 2008 y finalizó el 31 de enero de 2012 y la reclamación administrativa se presentó el 24 de septiembre de 2018, por lo que se extinguió el derecho de la accionante de solicitar prestaciones que se hubiesen podido derivar de dicha relación laboral.

En consecuencia, conforme el artículo 53 de la Carta Política así como la abundante jurisprudencia debe aplicarse en todo momento el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades que la entidad demandada quiso darle al contrato de prestación de servicios firmado con la señora Adriana María Carabalí desde el **03 de julio de 2012** al **20 de agosto de 2016** en el cargo de auxiliar de enfermería – Salud Pública sin solución de continuidad; que en todo caso, es una clara desviación del poder por parte de la administración al firmar por años contratos de prestación de servicios para el desarrollo de una labor que conllevó la subordinación del contratista, sin mediar la solicitud presupuestal, con el fin de disponer el cargo en planta de la entidad y poder otorgar las garantías de un servidor público.

El Consejo de Estado, en un caso similar al que hoy nos ocupa expresó respecto a la celebración de contratos de prestación de servicios sucesivos:⁶

“(...) Adicionalmente, se configura una clara desviación de poder, cuando la administración durante años celebra contratos de prestación de servicios para el desarrollo de una labor, como ocurrió en este caso. Y, como en el caso de autos se desvirtuó la relación contractual de prestación de servicios que encubría el verdadero vínculo laboral que tenía la actora con la entidad demandada, así ha de reconocerse con todas sus consecuencias indemnizatorias, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades con fundamento en el artículo 53 de la Constitución.

Sobre el tema que ocupa la atención de la Sala, esta Corporación ha señalado⁷ que la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”. Sentencia de 25 de agosto de 2011. C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Expediente No. 25000-23-25-000-2008-00246-01(0023-11).

⁷ Ver entre otras la sentencia de 17 de marzo de 2011, proferida por ésta Subsección, dentro del expediente N°. 559 de 2010. Actora: Jannette Esperanza García Castiblanco.

*los sujetos de las relaciones laborales, es un principio constitucional y que si el Juez, en un caso concreto, decide, porque lo encuentra probado, otorgarle a un contratista el **carácter de trabajador al servicio del Estado**, puede hacerlo con base en el artículo 53 de la CP, sin que le sea dable conferirle el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario; pues el aludido principio, no tiene el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuestal.*

De este modo, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado mismo. Su finalidad no puede dilatarse hasta abarcar como función suya la de aniquilar las que son formalidades sustanciales de derecho público”.

De igual manera, en jurisprudencia el H. Consejo de Estado reiteró que en los contratos de prestación de servicios en que se logre desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración se tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo⁸.

Ahora bien, es imperativo resaltar que las labores desarrolladas por la señora Adriana María Carabalí, si bien requerían de un conocimiento especializado también lo es que al efectuarse los contratos de prestación de servicios por un tiempo prolongado, esto es, por 4 años, no sólo por vía de una actuación contractual podía desarrollarse sino que, contrario sensu, la entidad tenía la posibilidad de solicitar al Gobierno Nacional el presupuesto necesario para crear nuevos cargos en la planta de la entidad, teniendo en cuenta que las funciones realizadas por la actora pertenecen y desarrollan el objeto social de la entidad demandada, por lo que podía nombrar a la demandante o como se anunció anteriormente solicitar el presupuesto para nuevos cargos y en esa medida, prestar las garantías necesarias para la vinculación directa como empleado público a la actora; razón de más para determinar que se configuran los elementos del contrato de trabajo.

En efecto y como quedó demostrado en el proceso conforme a la testimonial practicada, la demandante cumplía labores propias de la misión de la entidad, cumpliendo un horario de trabajo, no tenía autonomía para realizar sus funciones ni la independencia para desarrollarlas, debía asistir a las reuniones programadas por la coordinadora, prestar sus labores con los elementos e instrumentos el hospital le permitía, desarrollando de esta manera el fin misional

Sobre el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se reiteraron algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez De Páez, sentencia de 18 de septiembre de 2014, EXP. No. 68001-23-33-000-2013-00161-01, No. INTERNO: 0739-2014, Actor: Elkin Hernández Abreo.

de la entidad el cual es prestar el servicio de salud de manera eficiente y conforme las órdenes que le daba su coordinador.

Finalmente, es preciso resaltar que frente a esa subordinación implícita a las actividades en misión de la institución desarrolladas por la actora (auxiliar de enfermería), el Honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, en sentencia de 3 de junio de 2010, Magistrada Ponente Doctora Bertha Lucia Ramírez De Páez (Proceso No. 25000-23-25-000-2002-04144-01(2384-07)) sostuvo:

“Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento.

*Al encontrarse plenamente establecida la función de Enfermera Jefe, como se desprende de los dos (2) contratos de prestación de servicios, no puede dejarse a un lado la naturaleza de la función que ejerció la demandante. La labor de Enfermera Jefe **no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en qué lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación.** En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas.” (Resaltado fuera del texto)*

Así las cosas, no queda duda para el Despacho que las funciones misionales de auxiliar de enfermería están plenamente atadas a cumplir la misión de la entidad y que las mismas ni pueden separarse de la subordinación implícita que lleva sus actividades, por cuanto no pueden prestar el servicio de manera autónoma, sino que deben cumplir con las órdenes y procedimientos expuestos por el jefe inmediato o las impuestas por la Sede Hospitalaria donde presten el servicio.

6.3 Un salario o retribución económica.

Al respecto es del caso indicar que por dicha actividad profesional la accionante recibió como contraprestación un pago por concepto de honorarios, según se evidencia de la certificación expedida por la oficina de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, obrante a folio 124 del expediente.

Por otra parte, advierte el Despacho que de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia transcrita con anterioridad, los contratos de prestación de servicios tienen el carácter de ser temporales y en el evento en que se convierten en ordinarios y permanentes la entidad debe adoptar medidas propias. Dicha

situación ocurrió en el sub lite, pues de los contratos de prestación de servicios que reposan en el plenario, así como de la certificación de los mismos, se infiere claramente que la accionante prestó sus servicios sin solución de continuidad, del 03 de julio de 2012 al 20 de agosto de 2016 como Auxiliar de Enfermería – Territorio Salud Pública, situación que aunado al cumplimiento de los elementos del vínculo laboral, permite concluir que al ejecutar el objeto contractual acordado lo hizo en las condiciones propias y esenciales de una relación laboral.

Realizado el anterior análisis, se concluye sin dubitación alguna que en el caso sub-exámene se configuraron los tres elementos de la relación laboral durante los periodos en que se suscribieron los contratos de prestación de servicios desde **03 de julio de 2012** al **20 de agosto de 2016** como Auxiliar de Enfermería – Territorio Salud Pública, lo cual determina su existencia, la que fue encubierta bajo un vínculo contractual, reiterando, que ello no comporta el reconocimiento de la calidad de empleado público, toda vez que tal calidad deviene del cumplimiento de ciertos requisitos.

Así las cosas, se tiene que la demandante logró desvirtuar la supuesta autonomía e independencia en el desarrollo del objeto del contrato, toda vez que probó el continuo control y supervisión desplegados por la entidad sobre la labor desempeñada como Auxiliar de Enfermería- Territorio Salud Pública en el **Hospital Tunjuelito Nivel II ESE, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE**, superando a todas luces la circunstancia de supervisión necesaria en desarrollo de la actividad contractual y la temporalidad que reviste la naturaleza del contrato de prestación de servicios alegado por el extremo pasivo. En consecuencia, se configuraron los presupuestos para hacer primar la realidad sobre las formas pactadas por las partes.

7. DECISIÓN

El Despacho, de conformidad con los argumentos expuestos, observa que las pretensiones de la demanda están llamadas a prosperar parcialmente por lo manifestado en la parte considerativa de esta providencia, toda vez que la actora logró desvirtuar la presunción de legalidad que amparaba el acto administrativo acusado por no encontrarse ajustados a derecho, de modo que se anulará y en su lugar, se declarará la existencia de una relación laboral entre la señora Adriana María Carabalí y el Hospital Tunjuelito Nivel II ESE, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, desde el **03 de julio de 2012** al **31 de enero de 2016**, en atención a lo solicitado en las pretensiones de la demanda⁹ y en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, se ordenará el pago a

⁹ Pretensión segunda: “Que se DECLARE que la accionante ADRIANA MARÍA CARABALÍ fungió como Empleado Público para el Hospital Tunjuelito y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE en el cargo de Auxiliar de Enfermería durante el periodo comprendido entre el 01 de junio de 2008 al 31 de enero de 2016”.

favor de la demandante de la diferencia del salario pagado a la actora comparado con uno de planta de la misma denominación, así como la totalidad de las prestaciones sociales reconocidas a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban la misma labor.

En este punto se hace necesario resaltar que los contratos de prestación de servicios suscritos por la accionante con el hospital hacían referencia a su gestión como **auxiliar de enfermería**.

Respecto al cargo de Auxiliar de Enfermería, la entidad demandada, con el Oficio TH-3003 19 del 28 de octubre de 2019 (folio 116), señaló: *“Se informa que el empleo Auxiliar de Enfermería existió hasta la entrada en vigencia del Decreto 785 de 2005, se aclara que desde 2005, existe el empleo de Auxiliar Área Salud, Código 412, Grado 17, quien desempeña funciones similares a las solicitadas en esta petición (...).”*

En consecuencia, teniendo en cuenta que la accionante siempre estuvo contratada para realizar su gestión como **auxiliar de enfermería**, el despacho a título de restablecimiento del derecho, ordenará el pago a favor de la demandante de la diferencia del salario pagado a la actora comparado con uno de planta, así como la **totalidad de las prestaciones sociales** reconocidas a los empleados de planta de la entidad que desempeñaban similar labor a la de **auxiliar de enfermería**, según las fechas, o en un cargo similar, tomando el valor que debió pagársele en un cargo similar.

Por otra parte, hay lugar a conceder el reembolso de los aportes para pensión y salud efectuados por la actora durante el tiempo que prestó sus servicios al **Hospital Tunjuelito Nivel II hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE**, los cuales fueron pagados en su totalidad por ella en virtud de los supuestos contratos de prestación de servicios, en el porcentaje que por ley corresponda, tal y como lo ordena el H. Consejo de Estado en sentencia calendada el cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010), con ponencia del Doctor: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, dentro del expediente con radicado No. 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08), actor: Erika María Novoa Caballero, demandado: Capresoca E.P.S.

Sanción por falta de pago de las cesantías e intereses moratorios.

No se ordenará el pago de sanción por la falta de pago de las cesantías, como se solicita en la demanda, habida consideración a que, como lo ha reconocido el Consejo de Estado en forma reiterada, la sentencia que reconoce la existencia de un vínculo laboral tiene el carácter de constitutiva, por lo que, es a partir de la ejecutoria de ella que se cuenta el plazo legal para la consignación de las

prestaciones adeudadas¹⁰, de manera que, aún no se ha causado la mora alegada.

En cuanto a las indemnizaciones contenidas en la Ley 244 de 1995, ley 50 de 1990, las que se refieren al auxilio de cesantías e intereses moratorios por falta de pago de prestaciones sociales, el despacho considera que no hay lugar a su reconocimiento en tanto, el Honorable Consejo de Estado ha sido claro en establecer que si bien bajo estos fallos se reconoce una relación laboral y se condena a la entidad al pago de aquello que dejó de percibir la actora, también lo es que, dicho reconocimiento no le otorga el estatus de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario, por lo que la entidad no puede ser condenada a un pago de omisiones que no se produjo bajo una relación laboral legal y reglamentaria, instituida bajo el nombramiento y la posesión.

8. PRESCRIPCIÓN

Conforme a la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016¹¹, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Magistrado Ponente Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, es menester entrar a analizar la prescripción de los derechos prestacionales pretendidos por la actora.

Luego, acudiendo a los parámetros establecidos en dicha sentencia, en tratándose de contratos realidad, quien pretenda el derecho laboral, cuenta con tres (3) años para realizar la reclamación administrativa una vez finalice definitivamente el contrato de prestación de servicios, esto frente a las prestaciones sociales y salariales y/o emolumentos económicos pretendidos por la actora, no así, frente a los aportes de pensión; los cuales pueden ser solicitados en cualquier momento por su condición periódica.

Sobre lo anterior, es conducente resaltar lo siguiente:

“En este orden de ideas, si bien en virtud del artículo 53 de la Constitución Política, los beneficios laborales mínimos de los trabajadores comportan carácter irrenunciable, el legislador ha previsto la prescripción extintiva de esos derechos, fundamentalmente con el propósito constitucional de salvaguardar la seguridad jurídica en relación con litigios que han de ventilarse ante los jueces frente a la inactividad del servidor de reclamar su pago oportunamente. Por lo tanto para que opere el fenómeno prescriptivo se requiere que transcurra el interregno preestablecido durante el cual no se haya realizado las correspondientes solicitudes.

(...)

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, 25 de agosto de 2011, radicación número: 25000-23-25-000-2008-00246-01(0023-11), Actor: Ana Etelvina Malaver Garzón.

¹¹ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, MAGISTRADO Ponente Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, No. de proceso 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0888-2015). Notificada en 3 de febrero de 2017.

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones que se tendría derecho si la Administración no hubiere utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (numeral 2) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los reajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas e irrenunciabilidad a la seguridad social.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la “primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las pretensiones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por el interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.

Pese a lo anterior, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que les hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales¹².(subrayado y resaltado fuera del texto).

Luego, conforme a la jurisprudencia transcrita quien pretenda el reconocimiento de un contrato realidad, deberá presentar ante la Administración la reclamación administrativa dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual, esto conforme los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y el 102 del Decreto 1848 de 1969, término que sería interrumpido por una sola vez con el

¹² *Ibidem*

reclamo escrito del trabajador; por consiguiente, si el trabajador se excede de los tres años para reclamar los derechos laborales, se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella relación laboral; por cuanto dicha situación se traduce en el desinterés del trabajador frente al empleador y que no puede asumir el Estado como tal.

Frente a lo anterior, en el *sub lite*, se observa que la señora Adriana María Carabalí se encontraba prestando sus servicios al **Hospital Tunjuelito Nivel II ESE hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE**, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios desde el 03 de julio de 2012 al 01 de enero de 2016, contratos que no fueron interrumpidos por más de 15 días entre la finalización de uno y el inicio del siguiente¹³ (Artículo 45 de la Ley 1042 de 1978) y la petición de reconocimiento de la relación laboral fue radicada el 24 de septiembre de 2018 (Fls. 27 a 30), por lo que no se aviene el fenómeno prescriptivo en el presente asunto.

En este orden de ideas, se ordenará a la entidad accionada a pagar las sumas adeudadas a la actora en virtud de la declaratoria de la existencia de la relación laboral de conformidad con lo señalado en la parte motiva, atendiendo a los pronunciamientos de la H. Corte Constitucional y actualizar las sumas con los índices de inflación certificados por el DANE y con indexación al valor teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente (R) resulta de multiplicar el valor histórico (Rh), que corresponde a la suma adeudada, por el guarismo que se obtiene de dividir el índice final de precios al consumidor, vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, certificado por el DANE, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió realizarse el pago correspondiente.

Debe aclararse que por tratarse de pagos de tracto sucesivo, dicha fórmula debe aplicarse mes por mes 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.

Ésta providencia deberá cumplirse en los términos previstos en los artículos 192 al 195 del C.P.A.C.A.

9. COSTAS

Considerando que la parte demandada no observó una conducta dilatoria o de mala fe dentro de la actuación surtida en este proceso, y que los argumentos de

¹³ Se puede observar en la certificación de contratación obrante a folios 124 y 125 del expediente.

defensa estuvieron racionalmente fundamentados en un estudio eminentemente jurídico, no procede la condena en costas.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cuatro Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR la nulidad parcial del **Oficio No. 201803510236831 del 10 de octubre de 2018**, proferido por la Jefe Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., mediante el cual se negó la vinculación de carácter laboral así como el pago de las prestaciones económicas y demás derechos laborales derivados de aquella a favor de la señora Adriana María Carabalí identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.611.481.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al **Hospital Tunjuelito Nivel II ESE** hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE**, a reconocer y pagar a favor del señora Adriana María Carabalí identificada con la cédula de ciudadanía No. 34.611.481, la diferencia salarial entre lo pagado en el cargo de planta y lo cancelado por honorarios en el cargo de Auxiliar de enfermería, las prestaciones sociales que correspondan a los empleados de planta que desempeñaban similar labor y de forma proporcional tomando como base el salario que se pagó a aquel funcionario de planta comparado con los honorarios contractuales cancelados a la actora, encontrando de esta forma la diferencia por el periodo en el cual se demostró la existencia de la relación laboral, esto es, desde el **03 de julio de 2012** al **01 de enero de 2016**.

TERCERO.- Ordenar a la demandante acreditar los aportes a pensión y salud que debió efectuar a los fondos respectivos durante el periodo en que se certificó la prestación de sus servicios, a fin de que el **Hospital Tunjuelito Nivel II ESE** hoy **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR ESE**, le cancele el valor respectivo. En su defecto, la entidad demandada efectuará las cotizaciones a que haya lugar, descontando de las sumas adeudadas a la actora el porcentaje que a ésta corresponda.

CUARTO.- Las sumas que resulten de la condena anterior se actualizarán de acuerdo a la fórmula señalada en la parte motiva de esta providencia, de conformidad con el artículo 187 del C.P.A.C.A.

QUINTO.- A las anteriores declaraciones se les dará cumplimiento dentro del término de los artículos 192 a 195 del C.P.A.C.A.

SEXTO.- **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SÉPTIMO.- Sin condena en costas.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría archívese el expediente previa devolución a la parte actora de los valores consignados para gastos procesales, excepto los ya causados. Déjense las constancias de las entregas que se realicen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ
JUEZA

AN

Firmado Por:

TANIA INES JAIMES MARTINEZ
JUEZ
JUZGADO 054 ADMINISTRATIVO DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-
SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación:
650af405b334229b8e93050fe8af8450a8d500198b88b1837899725e16e55952
Documento generado en 06/08/2020 08:14:32 a.m.