

República de Colombia
Rama Judicial



JUZGADO 57 ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ - SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil veinte (2020)

Expediente N°:	11001-33-42-057-2018-00496-00
Demandante	CLARA JUDITH BERNAL CRUZ
Demandados	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. – HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL E.S.E.
Tema	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES LABORALES

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 057

El Despacho profiere sentencia en proceso promovido por CLARA JUDITH BERNAL CRUZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.742.628 expedida en Bogotá, contra la “SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. - Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.

I. ANTECEDENTES

CLARA JUDITH BERNAL CRUZ, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 demandó a la “SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. ", para que se acceda a las siguientes:

- 1. La declaratoria de nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 18 de junio de 2018 RADICADO: 20181100134901 suscrito por la doctora YIDNEY ISABEL GARCÍA RODRÍGUEZ - GERENTE -SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E., el cual respondió el radicado de 20183210120192 sobre el reconocimiento y pago de derechos laborales dentro de una relación que debió ser legal-y reglamentaria y que formalmente se rigió por los parámetros de contratos de prestación, la cual estuvo vigente entre 21 de marzo de 2010 hasta el día 01 de marzo de 2018.*

2. Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho en que ha sido lesionado mi mandante se pronuncien las siguientes declaraciones y condenas:

2.1. Se declare que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. y la señora CLARA JUDITH BERNAL CRUZ existió una relación laboral de derecho público, conforme al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, y en igualdad de condiciones que los empleados públicos de esa institución o de otra similar en el Distrito Capital de Bogotá - Sector Salud, que realizan labores de CLARA JUDITH BERNAL CRUZ o similares desde el 21 de marzo de 2010 hasta el día 01 de marzo de 2018.

2.2. Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a reconocer y pagar a la señora CLARA JUDITH BERNAL CRUZ las siguientes acreencias laborales e indemnizaciones:

2.2.1. Diferencia salarial entre lo que devengó la señora CLARA JUDITH BERNAL CRUZ y lo que devenga un servidor público que desempeña funciones de AUXILIAR DE FARMACIA o similares.

2.2.2. Cesantías definitivas.

2.2.3. Intereses sobre la Cesantía.

2.2.4. Primas de servicios.

2.2.5. Prima de vacaciones.

2.2.6. Prima de navidad.

2.2.7. Prima de antigüedad.

2.2.8. Bonificación por servicios prestados.

2.2.9. Vacaciones.

2.2.10. Subsidio de transporte.

2.2.11. Dotaciones.

2.2.12. Sanción por el no depósito de las cesantías a un fondo.

2.2.13. Indemnización moratoria por el no pago oportuno de todas sus acreencias laborales dentro de los términos.

2.2.14. Trabajo suplementario laborado durante toda la vinculación.

2.2.15. Recargo nocturno durante toda la vinculación.

2.2.16. Trabajo en días dominicales y festivos con sus correspondientes compensatorios de ley.

2.2.17. Indemnización correspondiente por no haber afiliado a un fondo de cesantías durante toda la relación laboral.

2.2.18. Reliquidación de los aportes al sistema de seguridad social integral a favor de la señora CLARA JUDITH BERNAL CRUZ teniendo en cuenta el verdadero salario que debió devengar por el cargo de servidora pública de AUXILIAR DE FARMACIA, según el código y nombre asignado a las labores que ella desempeña, incluyendo antigüedad, trabajo suplementario, recargo nocturno, dominicales y festivos.

2.3. Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a reconocer y pagar a la señora CLARA JUDITH BERNAL CRUZ a la devolución de aportes en salud, pensiones y riesgos laborales.

2.4. Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a reconocer y pagar a la señora CLARA JUDITH BERNAL CRUZ a la devolución de los dineros descontados de forma ilegal de sus salarios con destino al pago del impuesto de retención en la fuente.

2.5. Se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a reconocer y pagar a la señora CLARA JUDITH BERNAL CRUZ a la devolución de los dineros descontados de forma ilegal de sus salarios con destino al pago del impuesto I.C.A.

2.6. Que como consecuencia lógica de lo anterior, se ordene a la entidad demandada a reconocer y pagar las anteriores sumas indexadas de acuerdo al índice de precios al consumidor.

3. La SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. deberá pagar sobre todas las sumas dinerarias adeudas más intereses moratorios a favor CLARA JUDITH BERNAL CRUZ.

4. Que se condene a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a cumplir la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

5. Que se condene a la demandada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. en costas incluyendo agencias en derecho.

6. Subsidiariamente y a título de indemnización se reconozcan y paguen con todos los aumentos legales y la correspondiente indexación y los derechos laborales a que la demandante tendría derecho como si fuese una servidora pública, según la relación anterior y parámetros indicados”.¹

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones²:

1.- La demandante CLARA JUDITH BERNAL CRUZ laboró de forma personal, subordinada, sin solución de continuidad e ininterrumpida, a través de contratos de prestación de servicios sucesivos, para el **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL - EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO**, del **21 de marzo de 2010 hasta el 1 de marzo de 2018**, en el cargo de **AUXILIAR DE FARMACIA**, que corresponde al desarrollo de la misión de la entidad accionada, razón por la cual las labores que desempeñaba eran ordinarias y no temporales esporádicas o transitorias.

2.- El horario de trabajo que debía cumplir la actora como **AUXILIAR DE FARMACIA** en el HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR era por turnos de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., y turnos de 1:00 p.m. a 7 p.m.; trabajaba un sábado y un domingo de semana

¹ Folios 160 a 162.

² Fls. 81 a 85.

por medio con un turno de doce (12) horas comprendido entre las 7:00 a.m. y 7 p.m. Estos turnos implicaron que durante toda su vinculación a la entidad realizó trabajo suplementario, días dominicales y festivos que no fueron remunerados ni compensados. Su último salario mensual fue la suma de **UN MILLÓN TRESCIENTOS MIL PESOS (\$1'300.000) M/CTE.**

3.- Las funciones que cumplió **CLARA JUDITH BERNAL CRUZ** como **AUXILIAR DE FARMACIA**, fueron las propias de la entidad y de carácter permanente, al punto que similares a ellas eran cumplidas por personal de planta que sí tenía prestaciones, entre los cuales se cuentan: Rocía Maldonado, Ever Merlano, Rodrigo Rubiano, María de los Ángeles Becerra.

4.- En contraprestación por su trabajo, la demandante percibía un salario mensual que era consignado en cuenta bancaria especialmente dispuesta para el efecto, teniendo la obligación de acreditar previamente el pago de los aportes como trabajador independiente con destino al sistema de seguridad social en salud y pensión.

5.- El Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., descontaba a la demandante en cada pago de su salario los impuestos de retención en la fuente y de I.C.A., pero nunca le pagó suma alguna por concepto de prestaciones sociales.

6.- Para el cumplimiento de la labor contratada el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., suministraba todos los elementos y utensilios necesarios para el desarrollo normal de sus actividades, las cuales cumplía en las instalaciones de la entidad, pero no la dotación de calzado y vestido de labor durante la vigencia de la relación laboral.

7.- El último contrato de prestación de servicios culminó el día 1 de marzo de 2018.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como violadas las normas consagradas en los artículos Se invoca el preámbulo de la Constitución Política y sus artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 83, 90, 122, 125 y 209; Leyes 52 de 1975, 79 de 1988, 80 de 1993, 100 de 1993,

454 de 1998; decreto ley 2400 de 1968, decreto 3135 y 3148 de 1968, 1048 de 1969, 1045 y 1942 de 1978, 174 y 230 de 1975; 4588 de 2006 y demás normas concordantes.

Así mismo en la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, del artículo 53 de la Constitución y la Recomendación No. 198 del 2006 de la OIT, además de la sentencia C-555 de diciembre 6 de 1994, T-166 de 1997 y C-171 de 2012.

Causales de nulidad propuestas

En síntesis argumentó que el acto administrativo acusado incurrió en **violación de norma superior**, al lesionar los derechos fundamentales a la igualdad, al trabajo y a la estabilidad laboral, pues con ellos se esconde una verdadera relación laboral bajo la figura de los contratos de prestación de servicios, con la finalidad de no reconocer prestaciones sociales.

Así mismo sostuvo que la actuación de la entidad demandada, vulneró el **principio superior de la primacía de la realidad**, al desconocer sin justificación alguna la presencia de los tres elementos que estructuran la relación laboral, como son la subordinación o dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, que lleva aparejado la observancia del principio de irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, en materia de prestaciones sociales. .

Sostuvo, igualmente, que se configuró una violación de la ley, ya que se ha privado de su naturaleza jurídica al contrato de prestación de servicios previsto por la Ley 80 de 1993, cuya finalidad no debe ser otra que la de realizar funciones especiales que no puedan ser desempeñadas por los empleados de planta, siendo que en este caso la demandante cumplió con el ejercicio de funciones propias del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. , atendiendo las instrucciones impartidas por el jefe directo, con total subordinación y dependencia, cumpliendo el objeto misional de la entidad cual es el de prestar servicios de salud, en labores como es la de Auxiliar de Farmacia.

De igual forma manifestó que el acto demandado fue falsamente motivado porque no es cierto que los contratos fueron suscritos con autonomía de la voluntad privada y que existió una relación contractual y no laboral, por tal razón deprecó que en el

presente asunto se declarara la nulidad del acto demandado y la existencia de la relación laboral con el reconocimiento de todas las prestaciones sociales que ello implica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., dentro del término legal allegó escrito de contestación (fls. 199 a 203), planteando oposición a las pretensiones de la demanda con los argumentos que a continuación se sintetizan:

Argumentó que la vinculación de la demandante al Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., para desarrollar el objeto contractual como Auxiliar de Farmacia, se produjo mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios, razón por la cual no existió una relación laboral con la entidad ya que nunca se configuraron los tres elementos necesarios para la existencia de la misma, es decir que no hubo subordinación y así quedó estipulado en el documento contractual.

Manifestó que la prestación del servicio no fue ininterrumpida, porque hubo prórrogas pero no continuidad, hubo una relación contractual con fundamento en las normas civiles. Insistió en que por el hecho de que el contratista tuviera dedicación prolongada y que se repitieran contratos con finalidad similar cuando no existe el cargo en la planta de personal no convierte esa relación contractual en una de carácter laboral. De igual forma expresó que en ocasiones la entidad no cuenta con personal suficiente para cumplir sus cometidos y por ello se ve obligada a contratar personas para suplir dichas deficiencias.

Adujo que el acto administrativo se presume legal y se encuentra ajustado a la norma, de manera que corresponde a la actora desvirtuar dicha presunción.

Formuló en su defensa las excepciones de mérito de *“legalidad del acto administrativo acusado”*, *“falta de causa e inexistencia de la obligación”* *“inexistencia de la calidad de empleado público”*, *“Prescripción Trienal de derechos”*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Precluída la etapa probatoria, acorde con lo dispuesto en auto proferido dentro de la audiencia celebrada el 9 de noviembre de 2018 (fls. 243 y 244), se dispuso el traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión, oportunidad en la cual únicamente compareció el apoderado de la entidad demandada, quien mediante escrito que obra a folios 270 a 272 del expediente, presentó sus alegaciones y solicitó negar las pretensiones de la demanda.

Adujo que la parte demandante no cumplió con la carga de probar la configuración de los elementos esenciales de una relación de trabajo entre ella y la entidad demandada, por el contrario se probó que existió una relación propia de un contrato de prestación de servicios y que las actividades se desarrollaron con plena autonomía e independencia, sin que existiera subordinación y que adicionalmente se le cancelaron los honorarios pactados de manera que no existen obligaciones pendientes de cancelar.

Manifestó que la misma demandante reconoció que no tuvo jefe inmediato sino supervisor del contrato y que con éste acodaba las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debía cumplir con los productos pactados en las órdenes de servicio, en un claro “acuerdo de cumplimiento entre contratistas” como lo ha denominado el Consejo de Estado. Señaló también que según lo afirmado en el interrogatorio de parte y en las declaraciones, la actora tuvo supervisores de contrato que eran a su vez contratistas y no empleados públicos ya que la regente de farmacia Milena Barbosa y el Químico farmaceuta Jean Carlo Machuca supervisaron la ejecución de los contratos de la actora y ellos no eran funcionarios de planta del Hospital, razón por la cual ellos no representaban la voluntad de la Subred porque no ejercían función pública, no eran servidores públicos.

Afirmó que entre el señor Machuca y la actora no existía contacto regular porque su sitio de trabajo quedaba ubicado en otro piso y además se demostró que nunca recibió llamados de atención o tramitó solicitud de permisos pero si aclararon que ella acordaba con el supervisor la forma en que debía cumplirse el contrato, es decir que no existió subordinación sino autonomía e independencia de la contratista, lo cual determina la diferencia entre contrato laboral y de prestación de servicios a la luz de lo consignado en la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional.

En este caso se estableció un vínculo civil derivado del contrato de prestación de servicios de la Ley 80 de 1993 y no se probó la subordinación.

Respecto de los testimonios manifestó que fueron contradictorios y sospechosos, puesto que mencionaron que la actora cumplía labores de reempaque y ella no lo mencionó. Por otra parte el primer testigo no pudo concretar el periodo en el que compartió labores con la demandante, porque indicó dos lapsos diferentes y de manera confusa y extraña a pesar de haber laborado en la misma área los testigos no manifestaron conocerse.

De igual forma cuestionó las afirmaciones del señor Luis Fernando porque en su criterio el testigo mintió en su declaración ya que a su juicio no era posible un grado de cercanía entre personas con diferencia de edad, y en general algunas de sus afirmaciones hacen presumir que los testigos fueron preparados, en especial el señor Giraldo porque su apoderado en la demanda contra la entidad es el mismo de la actora y por ello le asiste interés especial en las resultados del proceso, que vicia de parcialidad su deposición.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

Agotadas las distintas etapas propias de la instancia sin que se adviertan nuevos motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede este Juzgado a proferir sentencia de fondo sobre las pretensiones invocadas.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Juzgado es competente para el trámite, conocimiento y decisión del presente proceso, por razón de la naturaleza de la acción, la tipología del medio de control, la cuantía y el factor territorial, de acuerdo a lo normado por los artículos 155, 156 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

2. Problema jurídico

Como quedó determinado en la audiencia inicial celebrada el 20 de noviembre de 2019 (fls.220 a 223 Vto.), se contrae a determinar si en virtud del principio de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, se encuentran demostrados los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. y la demandante, y, en caso afirmativo, si como consecuencia de ello tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo, así como a las demás pretensiones reclamadas en la demanda?

Para resolver el problema jurídico, el Despacho desarrollará el siguiente orden metodológico: **(i)** Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad; **(a)** Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios; **(b.)** Del contrato de prestación de servicios y la teoría del contrato realidad; **(ii)** De los efectos patrimoniales del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad; **(iii)** De la prescripción; y **(iv)** Caso concreto.

3. Marco normativo y jurisprudencial del contrato realidad

3.1. Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios

El Legislador ha definido la contratación estatal por prestación de servicios mediante normas contenidas en el Decreto Ley 222 de 1983, en la Ley 80 de 1993 y la Ley 190 de 1995. Concordante con lo anterior, el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, definió el concepto de “*empleo*”, como un conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento para ser atendidas por persona natural por orden de autoridad competente, concluyendo en su inciso 5º que “*(...) Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones*”.

Ahora bien, el Legislador se ha encargado de establecer un verdadero marco normativo a fin de evitar el abuso de la figura jurídica de la contratación por prestación de servicios, como a continuación se expone:

El **Decreto 1950 de 1973**, en su artículo 7º consagró que “...***en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto***”. (Subraya fuera de texto original).

El **Decreto 2503 de 1998**³ reiteró en esencia la definición del término “*empleo*”, que ya había sido establecida por el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, en cuanto concierne al conjunto de funciones desarrolladas por una persona natural con el propósito de satisfacer planes y fines del Estado, asignadas por autoridad competente con sujeción a principios generales establecidos por el Gobierno Nacional.

La **Ley 909 de 2004**, en su artículo 19 fue más precisa en la descripción normativa sobre el tema, al establecer que el **empleo público** es el “...*núcleo básico de la estructura de la función pública...*” ampliando su definición al “...*conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado...*”; consagró igualmente como elementos del empleo público, *i)* la descripción de funciones, *ii)* el perfil de competencias, estudios y experiencias necesarias para el acceso al servicio y, *iii)* la duración del mismo, para el caso de los temporales, señalando que su ingreso al servicio público debe darse en la forma establecida en la ley, vale decir, mediante la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo.

La **Ley 790 de 2002** en su artículo 17, consagró la prohibición para las entidades públicas del orden nacional, de celebrar contratos de prestación de servicios para

³ “Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.

cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes en su respectiva planta, y en su párrafo, conjuró la posibilidad de emplear tal figura jurídica para reemplazar funciones de cargos suprimidos dentro del programa de renovación administrativa.

La Ley **734 de 2002**, Código Único Disciplinario, estableció en el numeral 29 de su artículo 48 como falta gravísima, la violación a la prohibición de utilizar la celebración de contratos de prestación de servicios para ocultar una verdadera vinculación laboral.

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto, no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

3.2. Del contrato de prestación de servicios y la teoría del contrato realidad

Respecto de la teoría sobre la primacía de la realidad frente a las formalidades, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, en Sentencia de 4 de febrero de 2016, radicación 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), consejero ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, indicó:

“(…)

La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone: “3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados (...).”

A partir de tal distinción, la Sección Segunda⁴ de la Corporación ha venido reconociendo que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la existencia de subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al reconocimiento de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de

⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de unificación de 19 de febrero de 2009, Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05).

prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, consagrado en el artículo 53 de la C.P.

(...)

En ese orden, la Sala ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado⁵.

(...)

*Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe 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,⁶ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.⁷

⁵ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011.

⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05.

⁷ En sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando: "para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA) que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente (...)"Se tiene entonces que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de

(...)

*En este orden, considera la Sala que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, **cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta**, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo".(Destaca el Despacho).*

Ahora bien, mediante sentencia proferida el 25 de Agosto de 2016, radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01⁸, la Sección Segunda del Consejo de Estado, **unificó el criterio** en el sentido de precisar, respecto del "contrato realidad", lo siguiente:

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

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

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

empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

⁸ Consejero ponente Dr.: Carmelo Perdomo Cuéter. Sentencia de 25 de agosto de 2016. Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión."
(Negrilla fuera del texto original).

Así las cosas, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado, es claro que **el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales** y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es viable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la Constitución Política que consagra la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

4. Efectos patrimoniales del reconocimiento de la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de la primacía de la realidad

Dentro del listado de contratos tipificados por la Ley 80 de 1993, se encuentra el consagrado en el artículo 32 denominado de prestación de servicio, definido de la siguiente manera:

"3º. Contrato de prestación de servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.
(Resaltado fuera del texto original)

Respecto de la descripción hecha por el legislador en el numeral antes transcrito, la Corte Constitucional, en sentencia C-154-97, con ocasión del análisis por demanda de inconstitucionalidad contra algunos de sus apartes, estableció las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, de la siguiente manera:

“(…)

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

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

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

En ese orden de ideas, el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso los contratos de prestación de servicios, generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales. En relación con dicha presunción, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “C”, Magistrado Ponente: Dr: Samuel José Ramírez Poveda, en Sentencia de 24 de enero de 2018, Expediente: 25000-23-42-000-2013-06440-00, consideró:

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

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del

Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que “... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.”

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

Aunado a todo lo anterior, y conforme a lo estatuido en el artículo 88⁹ de la Ley 1437 de 2011, el acto administrativo ya sea ficto o concreto por medio del cual, la administración desata la reclamación prestacional pretendida por la parte actora, está igualmente revestida de la presunción de legalidad, la cual, necesariamente deberá ser desvirtuada por la parte interesada a través de los diversos medios probatorios regulados por el ordenamiento legal orientado a demostrar la existencia de una relación laboral.”

Por consiguiente, las reclamaciones para el reconocimiento y pago de prestaciones laborales por celebración de contratos de prestación de servicios, en aras de demostrar la relación laboral entre las partes, requieren que la demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal**, que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador existió **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 demandante demostrar la *permanencia*, es decir **que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud** de sus funciones, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la

⁹ Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo. Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.

jurisprudencia,¹⁰ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado no se le puede otorgar la **calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, como lo ha afirmado el Consejo de Estado, *verbigracia* en las sentencias del 28 de julio de 2005¹¹, del 4 de febrero de 2016¹² y, por supuesto, en la sentencia de Unificación ya mencionada en precedencia¹³.

De esta manera es claro que en cada caso en particular, se debe determinar, conforme al análisis y valoración de las pruebas practicadas, si realmente existió la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación del servicio, el ejercicio de funciones permanentes o propias de la entidad, y especialmente, si la persona estuvo sometida a la continua subordinación y dependencia del contratante.

Ahora bien, con el fin de establecer cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberían reconocer a título de restablecimiento del derecho ante la hipótesis de declararse la existencia de una relación de carácter laboral, se encuentran: *i*) las que son asumidas por el empleador directamente y, *ii*) las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral. Respecto de las segundas, en caso de que se demuestre una relación laboral, la cotización debe realizarse por el empleador en cuanto al sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el evento de cotizaciones a los sistemas de

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro; Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicación 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08), C. P.: Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

¹¹ "(...) Además, para que una persona natural desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la persona nombrada y posesionada es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente". Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", radicación 50001-23-31-000-2000-00262-01(5212-03), consejero ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

¹² Sección Segunda, subsección "B", sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), consejero ponente Gerardo Arenas Monsalve.

¹³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicación 23001233300020130026001 (0088-15), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

pensión y salud, estos deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso¹⁴, por lo que, frente a este último aspecto, acorde con lo dicho por el Consejo de Estado sobre la materia, el restablecimiento del derecho no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.

5. De la prescripción

La Sección Segunda del Consejo de Estado¹⁵ se pronunció inicialmente sobre la materia para sostener que la sentencia favorable que se profiera en asuntos que refieren al contrato realidad es de naturaleza constitutiva, pues el derecho surge a partir de la misma y por ende, la morosidad empieza a contarse desde su ejecutoria.

En pronunciamiento posterior¹⁶ varió su posición precisando que el contratista que solicita ante la administración el reconocimiento de una relación laboral y como consecuencia de ello, el pago de las prestaciones sociales derivadas de la misma, **debe hacerlo dentro de un término prudencial que no puede exceder el previsto para la prescripción de los derechos prestacionales y salariales que reclama**. Así, una vez finalizada la relación contractual inicialmente pactada, el interesado debe reclamar ante la administración la declaración de la existencia de la relación laboral, en un término no mayor de tres (3) años¹⁷, so pena de que prescriban los derechos salariales y prestacionales derivados de la referida relación laboral.

Debe precisarse que, aunque en principio se pueda concluir que no es posible ordenar el pago de algunos derechos salariales y prestacionales porque estos se

¹⁴ La cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.

¹⁵ Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentencia 6 de marzo de 2008, Radicación número: 23001-23-31-000-2002-00244-01(2152-06).

¹⁶ Por ejemplo en sentencia de 9 de abril de 2014. Rad.0131-2013. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero, en la que se señaló: *"Lo anterior quiere decir que si bien es cierto, conforme al criterio fijado por la Sala de la Sección Segunda en la sentencia trascrita, solo se puede predicar la prescripción de los derechos prestacionales con posterioridad a la declaración de la existencia de la relación laboral, también lo es que la solicitud de la declaración de la existencia de la relación laboral, debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración."*

¹⁷ Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969, Artículo 102: **"PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. "1. Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible. 2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual."**

encuentran prescritos al no reclamarse oportunamente; el juez de conocimiento debe estudiar la procedencia o no de la declaratoria de la relación laboral, **toda vez que de esta se deriva la existencia de derechos pensionales que son imprescriptibles**. Al respecto el Consejo de Estado¹⁸ precisó que aunque la parte interesada deje transcurrir más de tres (3) años entre la finalización de la relación contractual y la reclamación presentada con el fin de que se declare la existencia de la relación laboral, no pueden desconocerse los derechos que se puedan derivar de la misma y que sean **imprescriptibles**, por lo que aun cuando de antemano se pueda establecer la prescripción de algunos derechos, debe estudiarse si existió o no la relación laboral con el fin de brindar una protección efectiva sobre **los derechos pensionales** que se generen de esta relación.

Precisamente sobre este tema el Consejo de Estado unificó su posición¹⁹ y explicó lo siguiente:

*“(...) las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, **están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control** (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)²⁰, y por ende, **pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento**, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.
 (...)”*

Bajo tal entendimiento, el funcionario judicial debe, en primer lugar, analizar y comprobar la existencia de la relación laboral, pues al encontrarse involucrado el derecho pensional de la persona, en lo que concierne a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, el cual por su naturaleza es imprescriptible, el análisis de la prescripción en cada caso concreto, deberá ser objeto de la respectiva sentencia.

¹⁸ Sentencia de Tutela de 11 de noviembre de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No.: 11001-03-15-000-2015-02772-00.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, Consejero Ponente: Dr. Carmelo Perdomo Cuéter.

²⁰ “Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)”.

6. Caso concreto

6.1 Pruebas

a) Contratos:

Dentro del expediente se encuentra demostrado que la demandante suscribió con el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., los contratos que a continuación se relacionan, durante el tiempo comprendido entre el 21 de marzo de 2010 y el 1 de marzo de 2018, con las siguientes características:

b) Se allegaron copias de algunos de los contratos y certificación expedida por la entidad en la cual consta la siguiente información²¹:

No. de contrato	Fecha de ingreso	Fecha de terminación	Valor honorarios
2588	21/04/2010	31/07/2010	\$1.025.233
3488	01/08/2010	31/12/2010	\$1.025.233
254	01/01/2011	27/02/2011	\$1.025.233
814	28/02/2011	31/03/2011	\$1.025.233
1582	01/04/2011	30/04/2011	\$1.025.233
2524	01/05/2011	30/08/2011	\$1.025.233
3351	01/09/2011	31/10/2011	\$1.025.233
4142	01/11/2011	31/12/2011	\$1.025.233
50	01/01/2012	29/02/2012	\$1.025.233
1030	01/03/2012	31/12/2012	\$1.025.233
41	02/01/2013	31/12/2013	\$1.200.000
663	01/01/2014	31/12/2014	\$1.200.000
77	21/01/2015	31/01/2015	\$1.200.000
1355	01/02/2015	31/12/2015	\$1.300.000
314	01/01/2016	31/01/2016	\$1.300.000
1416	01/02/2016	30/06/2016	\$1.365.000
1203	01/07/2016	31/07/2016	\$1.365.000
260	01/08/2016	31/08/2016	\$1.365.000
4050	01/10/2016	31/12/2016	\$1.365.000
140	01/01/2017	31/01/2018	\$1.365.000
1153	01/02/2018	28/02/2018	\$1.514.412

²¹ Los contratos son 041, 663,1355, 314, 1416, 360, 1203, 140 y 1153 con sus prórrogas y adiciones, en los folios 17 a 48 y certificación folios 244 y 244 Vto.

Con sustento en las mencionadas pruebas documentales se probó en el expediente que entre el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. y la actora fueron suscritos diferentes contratos de manera sucesiva, con dos interrupciones así: la primera entre el contrato 663 que finalizó el 31 de diciembre de 2014 y el 77 que se firmó el 21 de enero de 2015, con interrupción de 20 días y luego entre el contrato 260 que finalizó el 31 de agosto de 2016 y el 4050 que se suscribió el 1 de octubre de ese mismo año, con una interrupción de un mes en la prestación de servicios.

Es sabido que de acuerdo con la jurisprudencia cuando se presentan interrupciones para cada uno de los periodos la prescripción corre independiente, así las cosas, teniendo en cuenta que la actora presentó la petición a la entidad para el reconocimiento de sus prestaciones el 29 de mayo de 2018 el último término de suspensión de la prestación del servicio presentada entre los contratos 260 y 4050 queda cobijada con la interrupción de la prescripción arriba indicada por encontrarse dentro del lapso de tres años previsto por el legislador.

No ocurre lo mismo con el lapso comprendido entre los contratos 663 y 77 puesto que éste se presentó en el mes de enero de 2015 y por tanto no alcanzó a ser cobijado por la interrupción de la prescripción, que debía contarse desde el 29 de mayo de 2015, de manera que el término que se tomará para el reconocimiento de las prestaciones por cumplirse con el requisito de una prestación continua e ininterrumpida de los servicios personales de la actora al Hospital será el comprendido entre el 21 de enero de 2015 al 1 de marzo de 2018.

c) Se allegó también copia de la Resolución 305 del 21 agosto de 2007, que corresponde al manual de funciones del Hospital Simón Bolívar y contiene la planta de personal²² y los Acuerdos 12 del 2 de junio de 2015 que reestructuró la planta de personal y el manual de funciones del Hospital Simón Bolívar y Acuerdo 10 de 2017, en el que se adoptó el manual de funciones de la Subred Norte. Es importante resaltar que al contrastar las actividades desarrolladas por la actora que fueron consignadas en la

²² Cd con 972 fls.

certificación emitida por la entidad y obrante a folio 244 Vto., del expediente, se evidencia que ellas corresponden casi exactamente a las establecidas en las citadas resoluciones para el cargo de planta del ente hospitalario de “Auxiliar del Área de la Salud, código 412 grado 6” del Grupo de Servicios Asistenciales en el caso de las Resolución 305 y el Acuerdo 12 de 2015 y Auxiliar Área de la Salud, código 412 grado 8 de la Subgerencia de Prestación de Servicios de Salud de la Dirección Técnica en el caso del Acuerdo 10 de 2017 de la Subred²³, es decir que se acreditó que las actividades encomendadas a la demandante CLARA JUDITH BERNAL CRUZ en el objeto de los contratos celebrados, son similares a las cumplidas por personal de planta aunque técnicamente no exista el cargo de auxiliar de farmacia como lo afirmó la entidad en varias oportunidades, lo cierto es que se trata de las mismas funciones desempeñadas por el personal vinculado a la planta.

- d) Copia de los carnés ²⁴de la actora que la identifica como personal del Hospital Simón Bolívar y luego de la Subred Norte²⁵.
- e) Plantillas de turnos asignados a la actora y actividades según turnos²⁶.
- f) Certificación de conciliación extrajudicial fallida ante la Procuraduría 10 Judicial II Administrativa, el 19 de septiembre.
- g) Informe jurado de la Gerente de la Subred de Servicios de Salud Norte, en el cual reiteró lo consignado en la contestación de la demanda acerca de la inexistencia de una relación laboral de la actora con la entidad ya que su vinculación se regía por contratos de prestación de servicios dada la necesidades de los hospitales y la poca capacidad de la planta²⁷.

h) Interrogatorio de parte rendido por Clara Judit Bernal

²³ Res. 305 fls. 198 a 200, Acuerdo 12/2015 fls 214 a 215; Acuerdo 10/2017 fls. 450 a 451 en CD visible a fl. 257 del expediente.

²⁴ Fls. 159 a 160.

²⁵ Fls. 49 a 51.

²⁶ Fls. 51 a 76 y 52 a 55.

²⁷ Fls 252 a 260 Vto.

Quien manifestó que es contratista del Hospital Simón Bolívar desde el 1 de marzo de 2010 hasta el 1 de marzo de 2018, como auxiliar de farmacia. Al principio estaba en reempaque y luego sí en la farmacia en despacho de medicamentos.

Señaló que las actividades que realizaba eran: alistar medicamentos, despacharlos, remitirle al Jefe, semaforizar, es decir, clasificar cuáles medicamentos estaban próximos a vencer, limpiar etc.

Al preguntarle si debía rendir informes manifestó que sí, ella los rendía al Químico farmacéuta Jean Carlo Machuca y a la regente de farmacia central, que se llamaba Milena Barbosa quien era contratista pero estaba a cargo de todos los auxiliares, ella rendía cuentas al señor Machuca. Las actividades las cumplía en las instalaciones del Hospital, y los señores antes citados vigilaban sus actividades. Tenía que cumplir un horario, al principio era de 7 a 5 porque su labor era el reempaque de medicamentos pero después de un año o dos la pasaron a dispensación en la farmacia y allí era por turnos de 7 a 1 o de 1 a 7 y los fines de semana cada 15 días todo el día. Indicó que existía una persona de planta que hacía lo mismo que ella, no tenía posibilidad de trabajar en otro lado porque no había tiempo por el horario que tenía.

Ante las preguntas del apoderado de la parte demandada manifestó que sus actividades como auxiliar de farmacia eran dispensar medicamentos, surtir, atender los pedidos de los pisos, entrega por urgencias, semaforizar y las otras que estaban en el contrato. Indicó que no todas las veces leía el contrato y que no le entregaban copia del mismo. Al preguntarle quién era el supervisor del contrato señaló que creía que era el químico Jean Carlo Machuca.

El apoderado de la demandada indagó en qué espacio físico prestaba sus servicios, ante lo cual contestó que al principio estaba en una oficina ubicada en el primer piso y la farmacia quedaba en el sótano, después de dos o tres años la cambiaron de la oficina y pasó al sótano en que quedaba el área de farmacia, precisó que el químico estaba siempre en la farmacia pero la regente Milena Barbosa, quien los supervisaba estaba todo el día allí y con ella acordaban cada día las actividades que debía realizar.

Le interrogan si con la regente acordaban el horario? Respondió que existía un horario de entrada y de salida y tocaba rendirle cuentas a la señora Milena Barbosa. ¿Cómo se hacía la supervisión del contrato por parte del químico farmaceuta si su oficina quedaba en otro piso o todo lo delegaba a través de la señora Barbosa? Contestó que ella era la que estaba pendiente de los auxiliares de farmacia y de que cumplieran las actividades.

i) Declaraciones de terceros

I) LUIS FERNANDO GÓMEZ ²⁸, c.c. 79.307.355, trabajador del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. , como auxiliar administrativo de farmacia, vinculado en planta. Manifestó que conoce a la demandante desde que él ingresó al Hospital y lo designaron al área de farmacia desde mayo del 2011, ella era en ese momento auxiliar de farmacia por contrato. Ella al principio estaba encargada del reempaque y luego la pasaron al área de farmacia.

Señaló que recibía un pago mensual con abono a cuenta y que las funciones que ella tenía eran iguales a las desempeñadas por Rodrigo Rubiano, María de los Ángeles Becerra, Marcos Torres, quienes estaban vinculados a la planta del Hospital.

De igual forma indicó que la señora Clara Judit Bernal recibía instrucciones u órdenes de la regente y del Químico Jean Carlo Machuca, quien supervisaba sus actividades; sobre el horario dijo que al principio era de 7 a 4.30 de lunes a viernes, pero cuando la cambiaron a la farmacia el horario era por turnos, unas veces de 7 a 1 o de 1 a 7 o de 7 a 7 todo el día.

Informó que la actora cumplía horarios de siete de la noche a siete de la mañana, en turnos fijos que eran asignados por el regente de la Farmacia del Hospital, con los implementos y herramientas suministrados por el Hospital, portando un uniforme que era obligatorio. Así mismo adujo que al momento de terminarse el contrato con el Hospital la demandante se hallaba embarazada, pero no tuvo conocimiento de las razones de su retiro como Auxiliar de Farmacia. Informó que la actora recibía mensualmente en contraprestación de sus servicios el pago de un salario mediante

²⁸ Intervención que se aprecia en la grabación contenida en medio magnético (CD – fol. 181), en el lapso comprendido entre los minutos 9:38 a 22:05.

consignación en una cuenta de entidad bancaria y que siempre debía reportarse con el jefe inmediato para el cumplimiento de su trabajo, no pudiendo retirarse del servicio sin el permiso respectivo del Regente de Farmacia, ya que debía cumplir con el reglamento propio del Hospital. Agregó que en la planta de personal existían empleados que cumplían las mismas labores que la actora y que cuando se requería por algún permiso o circunstancia ajena, ella reemplazaba en las funciones al personal de planta y viceversa. Para retirarse por un permiso debía ser con autorización del jefe.

A las preguntas de la apoderada de la parte demandante contestó que la señora Clara Judith fue trasladada al Hospital de Suba en el turno de noche y luego en el año 2018 ya no la volvieron a contratar. No tuvo periodos de descanso porque era contratista, no podía ausentarse del trabajo. En cuanto a su desvinculación manifestó que ella fue trasladada y después se enteró que la entidad no le renovó el contrato. Aclaró que no le suministraban uniforme sino que los contratistas los compraban.

Al interrogatorio realizado por el apoderado de la entidad demandada el testigo afirmó que trabajó en la misma oficina con la actora, cuando ella realizaba el reempaque de medicamentos y por uno o dos años y luego esa oficina se cerró y los ubicaron en el sótano donde queda la farmacia, por esa razón fue testigo por lo menos en dos ocasiones, que ella pedía permiso para ausentarse del trabajo y se lo pedía al químico que era el supervisor y era el jefe. Explicó que el reempaque consistía en cortar los blisters de los medicamentos y hacer bolsitas para que quedaran individuales para entregarlos al servicio de las unidades, porque no se entregaba el blíster completo, la función de Clara Judith era cortarlos y ponerlos en empaques individuales y colocar los sticker de la medida correspondiente y la fecha de vencimiento, número de lote, etc. Por su parte el testigo afirmó que él estaba encargado de llevar una base de datos en Excel, le pasaban todas las facturas de los medicamentos que llegaban al hospital y le tocaba relacionarlas en una base de datos. Trabajaba en la misma oficina.

Afirmó que la actora fue trasladada a Suba mas o menos en el 2018, corroboró que siempre trabajaron juntos primero en una oficina y luego en el área de farmacia hasta el traslado de ella. Manifestó que no recordaba haber presenciado llamados de atención porque ella era muy buena empleada pero si estuvo presente cuando ella pidió permisos al jefe Jean Carlo Machuca.

II) HÉCTOR AUGUSTO GIRALDO CAICEDO²⁹, c.c. 79.236.207 mayor de edad, trabaja como auxiliar de farmacia en la clínica Medical informó al Despacho que conoció a la demandante porque fueron compañeros de trabajo en el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., él ingresó desde el año 1999, ella entró en marzo de 2010 o 2011, hasta el 1 de marzo de 2018, ambos prestaban sus servicios bajo la modalidad de contratistas; ella entró primero para hacer reempaque y luego si fue al área de farmacia. Realizaban las mismas actividades, despacho, dosificación, reempaque, digitación estaban en la misma área y cumplían horario por turnos que a veces coincidían y a veces no pero siempre se encontraban al entregar o recibir el turno, así hasta que fue trasladada al Hospital de Suba.

Ratificó que la demandante recibía como contraprestación por sus servicios un pago mensual en cuenta de ahorros, para lo cual debía demostrar que había pagado la seguridad social. Manifestó que existía personal de planta que realizaba las mismas funciones por ej: Marcos Torres, Olga Lucía León, María Becerra, Rodrigo Rubiano, Richard López. Los contratistas eran como el 70% de los que trabajaban allá, sólo el 30% era de planta. Las órdenes las impartía el respectivo jefe que era el Químico Farmacéutico y una Regente de Farmacia que los direccionaba en el área de despacho, recibían órdenes directas de ellos para realizar sus actividades. El nombre de la última jefe fue Zaira.

Insistió en que en la reorganización de la subred fue trasladada al Hospital de Suba y él se quedó en el Simón Bolívar pero los citaron el 28 de febrero de 2018 y les dijeron que el contrato se terminaba, como tenían un grupo de Whatsapp comentaron lo ocurrido y ahí se enteró de que a Clara también le finalizaron el contrato. Hizo la salvedad de que a quienes reclamaron les dijeron que el contrato estaba vigente porque se había firmado hasta abril pero luego lo finalizaron el 28 de febrero de 2018

La parte solicitante de la prueba no hizo preguntas al testigo y ante las efectuadas por el apoderado de la demandada aclaró los horarios que cumplían porque a pesar de estar en la misma oficina a veces no tenían los mismos turno, aunque se veían a la entrada o salida del turno.

²⁹ Intervención que se aprecia en la grabación contenida en medio magnético (CD – fol. 206).

Ante la pregunta de si le consta que la Jefe Zaira le llamara la atención, el testigo aclaró que en el 2018 ella estaba en el Hospital de Suba y la señora Zaira era Jefe en el Simón Bolívar. Aclaró que en ese hospital había 4 auxiliares de farmacia, dos por turno, dos en el día y solamente dos eran de planta María Becerra y Rodrigo Rubiano, quienes fueron vinculados después de la reestructuración porque pasaron la convocatoria del servicio civil, antes había otros de planta pero provisionales y salieron con el concurso porque no pasaron. En respuesta a interrogante del apoderado, manifestó que estas dos personas no estuvieron durante todo el tiempo que la actora trabajó en el Hospital, antes de ellos estaban Ana Julia Martínez, Marcos Torres, Richard López, Olga Lucía León, pero después de la convocatoria sólo quedaron los antes citados, los otros los reubicaron o perdieron el concurso y quedaron desvinculados, pero siempre hubo gente de planta que hacía las mismas funciones que los contratistas.

Le preguntaron si durante el tiempo en que estuvo la demandante, había funcionarios de planta con los mismos turnos de ella, a lo que respondió el testigo diciendo que hasta que fue trasladada se encontraba Clara Lucía León, María Becerra y Rodrigo Rubiano.

Finalmente, el apoderado de la entidad presentó tacha del testimonio del señor Giraldo Caicedo, por cuanto éste tiene también demanda contra la Subred Norte, por hechos similares a éstos y está siendo representado por el mismo apoderado judicial, circunstancia que lo imposibilita al no ser imparcial.

Las declaraciones rendidas por las personas antes referenciadas son consonantes con lo afirmado por la demandante en los hechos de la demanda y con la prueba documental recaudada, respecto a que la actora prestó sus servicios personales en actividades propias como auxiliar de Farmacia durante el lapso comprendido entre los años 2010 y 2018; ejerció funciones similares a las cumplidas por personal de planta del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.; la labor realizada era inherente al giro normal de las actividades del Ente público, fueron cumplidas en un horario previamente determinado y recibió a cambio una remuneración por su labor.

No le asiste razón al apoderado de la entidad contratante cuando cuestiona la veracidad de la demandante y de los testigos sin ajustarse al contenido de las declaraciones y del interrogatorio de parte, veamos:

1. Según el apoderado la demandante afirmó con claridad que tuvo supervisores del contrato que tenían la calidad de contratistas y no de empleados públicos porque la Regente Milena Barbosa el químico farmaceuta Jean Carlo Machuca eran contratistas, pero contrario a lo manifestado por el mandatario judicial, la señora Bernal Cruz indicó que el supervisor de su contrato era Jean Carlo y que la que controlaba las actividades era la regente de farmacia que estaba pendiente de lo que hacían ellos, ella sí era contratista pero el químico era de la planta de personal, en el cargo de profesional especializado de farmacia código 222 grado 4.

2. Dijo que: *“el primer testigo manifestó que la demandante cumplía actividades de “reempaque” cuando de las manifestadas por aquella NUNCA MENCIONÓ tal actividad”*, pero al minuto 8.20 de la grabación del interrogatorio de parte la señora Clara Judith manifestó: *“apenas entré mi horario era de 7ª 5 porque a mí me contrataron como reempacando medicamentos, después de 1 o 2 años mas o menos me pasaron a dispensación, a la farmacia central.....”*

3. Afirmó: *“dijo el señor LUIS FERNANDO primer testigo, que estuvo “como tres años” trabajando con la demandante, pero luego sorpresivamente dijo que trabajó en la misma oficina con la señor CLARA JUDITH BERNAL desde el 2010 al 2018. Sin embargo, el testigo cayó en cuenta que no era el tiempo que seguramente acordó afirmar con la parte actora...”*

Al revisar la grabación, al minuto 26.02, encuentra el Despacho que el señor Luis Fernando declaró: *“La conozco desde mayo de 2011” registrado en el minuto 31.20 “yo ingresé el 12 de mayo de 2011 a la farmacia, a trabajar”. En el minuto 35.09 se consignó: “PREGUNTADO? estaba en la misma oficina? CONTESTÓ: Si señor, en la época en que ella estaba en reempaque ella estaba conmigo, ya después nos sacaron de allí y nosotros nos fuimos para la farmacia. PREGUNTADO? De qué época estamos hablando? CONTESTÓ: Yo ingresé en mayo de 2011, desde esa época nosotros duramos si mal no recuerdo 3 o 4 años que estuvo en reempaque y yo estaba ahí con ella, la pasaron para la farmacia, farmacia y a mi también me pasaron para*

allá.....PREGUNTADO: Usted presencié el permiso? CONTESTÓ: si, cuando a nosotros nos sacaron de la oficina de reempaque que teníamos y nos fuimos todos para la farmacia, farmacia, PREGUNTADO: Usted precisó al despacho que la oficina del señor Machuca quedaba en un piso y la de ustedes en otro piso, CONTESTÓ: Vuelvo y reitero la oficina de reempaque estaba en un lado aparte de la farmacia, cuando quitaron el reempaque o sea la oficina, a nosotros nos enviaron ya a la farmacia a trabajar directamente en las oficinas de la farmacia, entonces a veces Clara necesitaba un permiso entonces hacia un formato y como nosotros todos estábamos ahí pues ella se lo entregaba al jefe con los que estábamos ahí”.

3. Dice el apoderado que el testigo Héctor Giraldo a pesar de que trabajaba en el Hospital desde 1999, al mencionar personas de planta no citó al señor Luis Fernando como funcionario, pero olvida el mandatario que al testigo se le preguntó por los auxiliares de farmacia vinculados a la planta de personal y éste era auxiliar administrativo no de farmacia, razón por la cual no fue mencionado.

4. En lo relacionado con el hecho de que según el apoderado no es común que exista amistad entre una persona mayor y una mujer mucho más joven, advierte el despacho que el testigo tenía 55 años y la demandante 40, de manera que en realidad la diferencia de edades no era tan dramática que hiciese imposible que existiera camaradería entre compañeros de trabajo.

5. Acerca del otro testigo, señor Héctor Augusto Giraldo, adujo que era muy extraño que recordaba los horarios a pesar de que no eran compartidos por el y no recordó los nombre de las personas de planta. Sobre este punto se observa que al minuto 50.18 de la grabación, el testigo dice “*el área de reempaque fue cerrada y de ahí pasó al área de despacho*”; al preguntarle si coincidían los horarios o si eran diferente manifestó: “*No doctora, los horarios eran rotativos entonces a veces ella estaba en un turno de 7 a 1 y yo estaba de 1 a 7 a veces estábamos en turnos cruzados, a veces nos tocaban en turnos de noche, a veces ella también tenía turno en la noche, PREGUNTADO: pero a veces coincidían? CONTESTÓ: Sí, nos veíamos sea de entrada o de salida siempre nos veíamos*”

Por otra parte, frente a la tacha del testimonio rendido por el señor Giraldo porque también está demandando a la Subred Norte por los mismos hechos, es necesario

efectuar algunas precisiones, en primer lugar cabe señalar que de acuerdo con las disposiciones del Código General del Proceso, la consecuencia de la aceptación de una tacha por parcialidad del testigo no es la eliminación de dicho testimonio al momento de valorar las pruebas sino una valoración realizada con mayor rigor para evitar que exista un sesgo en el resultado del análisis probatorio.

Por otra parte, no desconoce el Despacho que en otras oportunidades el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha aceptado la tacha de testigos en esta misma circunstancia, bajo consideración de que les asiste un interés particular dado que también han demandado a la entidad y están a la espera de las resultas del proceso para eventualmente alegarlo como un precedente en su propio caso y en ello le asiste razón al juez de segunda instancia, empero también debe resaltarse que son los mismos compañeros de trabajo los que pueden precisar las circunstancias en que el demandante prestó sus servicios a la entidad, por ser justamente los mas cercanos a la ocurrencia de los hechos.

En el sub lite, los testimonios son contestes en sus afirmaciones, sin que se evidencie algún grado de subjetividad de los declarantes que reste credibilidad a su dicho, sobre todo teniendo en cuenta que las preguntas se circunscribieron a los hechos, sin que se incurra en valoraciones personales o subjetivas, razón por la cual este Despacho desestimaré la tacha presentada por la apoderada de la parte demandada. Adicionalmente las declaraciones fueron contestes y congruentes con los hechos debatidos, pues hacen referencia a su observación directa de los supuestos fácticos por haber sido compañeras de labores de CLARA JUDITH BERNAL CRUZ durante todo el tiempo en que ambos prestaron sus servicios al Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.

De igual manera, no se puede pretender que por no existir cercanía entre los puestos de trabajo ocupados por la demandante y el testigo no puede el declarante dar fe de las circunstancias en que desempeñaba su labor la demandante.

Ahora bien, el elemento sustancial de la subordinación encuentra respaldo en las afirmaciones sobre la permanente dependencia que existía en el cumplimiento de sus funciones como Auxiliar de Farmacia, consonante con la naturaleza, objetivos y misión pública de la entidad accionada, en razón de las órdenes directas y

constantes impartidas por el Regente de Farmacia como jefe directo o por restantes jefes del Hospital.

Por lo anterior, concluye el Despacho que entre la demandante CLARA JUDITH BERNAL CRUZ y el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. , hoy Subred Integrada de Servicios DE SALUD NORTE E.S.E. , existió una verdadera relación laboral, durante el período comprendido entre el 21 de marzo de 2010 y el 1 de marzo de 2018, de naturaleza permanente, como son las desempeñadas por el personal de planta que cumple las funciones como Auxiliar de Farmacia; y, además, carecía de autonomía e independencia para el ejercicio de las tareas encomendadas, hallándose acreditado el interés de la administración por emplear de modo permanente los servicios de la demandante, para el cumplimiento de labores propias de su misión institucional, quedando desvirtuada la naturaleza del contrato de prestación de servicios, por razón de la existencia de una verdadera relación de trabajo, salvo las interrupciones ya indicadas.

Por lo expuesto en precedencia, encuentra el Despacho viable la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre la formas, consagrado por el artículo 53 de la C.P., según el cual, cuando existe un contrato u orden de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública, como en el caso en estudio, 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 las prerrogativas de orden salarial y prestacional.

En conclusión, en el *sub-lite* quedó desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, sin que ello implique el reconocimiento de la condición de empleada pública a la actora; empero, como lo ha señalado el Consejo de Estado, al ser desvirtuado el contrato de prestación de servicios, la relación laboral produce plenos efectos, lo que conlleva al pago de todos los emolumentos, incluidas no solo las prestaciones sociales que son asumidas directamente por el empleador tales como vacaciones, cesantías, prima de servicios y todas las que se encuentren pactadas sin perjuicio del fenómeno jurídico de la prescripción a que hubiere lugar, como a continuación se explicará, sino además, las que se reconocen

en dinero por el Sistema de Seguridad Social Integral, en la proporción correspondiente, como aquellas por concepto de salud y pensión³⁰.

6.2. Prescripción de los derechos derivados de la relación laboral

Como quedó consignado, en el caso bajo estudio se encuentra plenamente acreditado que la vinculación contractual de la demandante con el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. , se mantuvo hasta el 1 de marzo de 2018 y que la reclamación para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales adeudadas en razón a su labor como Auxiliar de Farmacia, con la cual se interrumpió el fenómeno prescriptivo, se radicó el 29 de mayo de 2018. Además, la demanda para discutir la legalidad del acto administrativo que negó el derecho al actor se presentó el día 22 de noviembre de 2018 (fl. 187).

Bajo tal entendimiento, se concluye que entre la exigibilidad del derecho (Terminación de la vinculación) y la reclamación en sede administrativa para el reconocimiento de las prestaciones sociales ordinarias, y entre esta y la fecha de presentación de la demanda en sede judicial, **no alcanzó a transcurrir el término de tres (3) años** previsto por el artículo 102 del Decreto 1848 de 1969, por lo que fuerza concluir que los derechos sobre las prestaciones sociales comunes y ordinarias generadas con ocasión de su vinculación no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, **en todos aquellos contratos que fueron celebrados de manera continua e ininterrumpida, esto es, que entre uno y otro no hubiere superado un término de quince (15) días, acorde con lo predicado la jurisprudencia del Consejo de Estado, consonante con el artículo 10 del Decreto 1045 de 1978.**

Así las cosas, se concluye que los derechos sobre las prestaciones sociales comunes y ordinarias generadas con ocasión de su vinculación posteriores al 21 de enero de 2015 en virtud de la interrupción a la que antes se hizo referencia, no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción. Sin embargo, deberá descontarse

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 4 de febrero de 2016, Radicación: No. 8100123-33-000-2012-00020-01, Expediente: No. Interno 0316-2014, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, en esa providencia se indicó: "Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%".

cualquier pago entre el 1 y el 30 de septiembre de 2016, debido a que durante dicho periodo no se acreditó la prestación efectiva del servicio.

En cuanto a los **derechos prestacionales en salud y pensión, acorde con la jurisprudencia citada³¹**, se ordenará a la entidad accionada establecer, **durante todo el período**, si se presentó diferencia alguna entre los valores pagados por la contratista y los aportes que debieron ser liquidados y efectivamente pagados, tomando como base de cotización el valor de los respectivos honorarios contractuales, a fin de consignar el valor correspondiente a la respectiva entidad administradora, con el fin de garantizar el cumplimiento de la obligación patronal, descontando en todo caso el periodo comprendido entre el 1 y el 30 de septiembre de 2016, debido a que en ese lapso no se acreditó la prestación efectiva del servicio.

6.6. Indexación

Para efectos de actualizar las sumas que producto de esta condena llegare a adeudar la Subred Integrada de Servicios DE SALUD NORTE E.S.E. , tanto por concepto de prestaciones comunes y ordinarias, como por las eventuales diferencias en los aportes patronales con destino a salud y pensión, la entidad accionada debe dar aplicación a lo previsto en el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, aplicando la siguiente fórmula, establecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado:

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

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo adeudado por los conceptos mencionados desde el momento en que se originó la obligación, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, comenzando por el momento en que se causaron las primeras

³¹ Sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicación 23001233300020130026001 (0088-15), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

prestaciones producto de la relación laboral que la demandante dejó de devengar, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

7. De la pretensión de reconocimiento de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995 y de la sanción por la omisión en la afiliación al Fondo de cesantías

No saldrá avante la pretensión para obtener el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de las cesantías, ya que, por la naturaleza constitutiva del derecho que goza la presente sentencia de condena, no es posible endilgar a la entidad accionada la mora o retardo en el cumplimiento de tal obligación patronal, si se tiene en cuenta que es a partir de la ejecutoria de esta decisión que surge para las partes el derecho y la correlativa responsabilidad en lo que concierne a la prestación social aludida. Con el mismo criterio, resulta improcedente cualquier análisis sobre la pretensión de sanción por la no afiliación al Fondo de Cesantías.

8. Devolución de sumas pagadas por la demandante

En lo que concierne a la reclamación de devolución de los valores que según afirmación de la actora fueron cancelados por concepto de retención en la fuente por los contratos celebrados, concluye el Despacho que es improcedente en la medida que no obra prueba en el proceso de que tales sumas hubieren sido recaudadas directamente por la entidad demandada. Además, dicho concepto se generó por el vínculo contractual regulado por la Ley 80 de 1993 y no en razón a una relación laboral y, aunado a ello, la declaración de la relación laboral no implica la devolución de sumas de dinero que se hayan generado en virtud del vínculo contractual, pues la finalidad del pago a título de indemnización es únicamente el reconocimiento de los emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir.

9. Costas

Por último, no se evidencia que ellas hubiesen sido causadas, razón por la cual, en esta instancia, no se condenará por dicho concepto.

10.- Conclusión

Corolario de lo expuesto, se accederá a la solicitud de declaratoria de existencia del contrato realidad, ordenándose el reconocimiento y pago de todas las prestaciones comunes y ordinarias derivadas de la relación laboral cuya existencia aquí se reconoce, así como el reconocimiento y pago de las diferencias que eventualmente se hubieren podido presentar en el pago de los aportes con destino a salud y pensión, durante todo el tiempo de la vinculación mediante contratos de prestación de servicios.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado 57 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARAR que entre CLARA JUDITH BERNAL CRUZ, identificada con la cédula de ciudadanía 52.742.628 expedida en Bogotá y el Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios DE SALUD NORTE E.S.E. , existió una verdadera relación laboral con ocasión de los servicios prestados mediante contratos de prestación de servicios, celebrados entre el 21 de marzo de 2010 y el 1 de marzo de 2018, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio radicado 2018 1100134901 del 18 de junio de 2018, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios DE SALUD NORTE E.S.E. negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, con ocasión de los servicios prestados por CLARA JUDITH BERNAL CRUZ al Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. en la modalidad de contrato de prestación de servicios.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho, **ORDENAR** a la entidad accionada SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E. a:

a) Reconocer y ordenar el pago a la demandante CLARA JUDITH BERNAL CRUZ, identificada con la cédula de ciudadanía núm.52.742.628 expedida en Bogotá, de todas las prestaciones sociales comunes y ordinarias derivadas de la relación laboral cuya existencia aquí se declara, correspondiente a primas legales y extralegales, bonificaciones, cesantías, intereses a las cesantías y demás emolumentos correspondientes al cumplimiento de las funciones como Auxiliar de Farmacia del HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR Nivel II E.S.E, causados durante el periodo comprendido entre el 21 de enero de 2015 y 1 de marzo de 2018, tomando como salario el monto de los honorarios pactados en cada uno de los contratos celebrados. Sin embargo, deberá descontarse cualquier pago entre el 1 y el 30 de septiembre de 2016, debido a que durante dicho periodo no se acreditó la prestación efectiva del servicio.

b) Establecer, mes a mes, si existió diferencia entre los aportes realizados directamente por la contratista Clara Judith Bernal Cruz y los valores que debieron ser liquidados con destino al sistema de seguridad social en salud y pensiones, tomando como salario los honorarios contractuales pactados durante todo el tiempo de su vinculación, esto es, entre el 21 de marzo de 2010 y el 1 de marzo de 2018, y en caso afirmativo consigne su valor en la correspondiente Administradora de Salud y Pensión, a la cual se encuentre afiliada. Descontando en todo caso los periodos comprendidos entre el 1 y el 30 de septiembre de 2016, debido a que durante dichos interregnos no se acreditó la prestación efectiva del servicio.

c) Al momento de efectuar el pago, la entidad accionada deberá **ACTUALIZAR** los valores que surjan de la condena relacionada en los literales anteriores, mediante la fórmula consignada en la parte motiva de esta sentencia, acorde con lo previsto por el artículo 187 de la Ley 1437 de 2011.

CUARTO: Declarar prescritas las prestaciones sociales comunes y ordinarias derivadas de la relación laboral cuya existencia aquí se declara, causadas con anterioridad al **21 de enero de 2015**, acorde con lo explicado en la motivación

precedente.

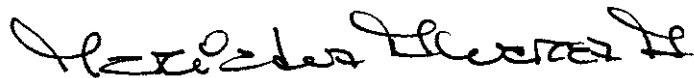
QUINTO: Sin costas en la instancia.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÉPTIMO: DÉSE CUMPLIMIENTO a la presente providencia dentro de los términos establecidos en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011. La inobservancia de los términos allí indicados dará lugar a los intereses moratorios previstos por la norma en cita.

OCTAVO: Ejecutoriada la presente providencia, por Secretaría, devuélvase al interesado sin necesidad de desglose los anexos y el remanente de la suma que se ordenó para gastos del proceso, si la hubiere, y archívese el expediente, previas las constancias de rigor

Notifíquese, comuníquese y cúmplase



MARÍA LUZ ÁLVAREZ ARAÚJO

Jueza