

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°:	11001-33-42-057-2019-00021-00
Demandante	CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA
Demandados	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E.
Tema	RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PRESTACIONES LABORALES

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA No. 060

El Despacho profiere sentencia en proceso promovido por CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.272.923 expedida en Bogotá, contra la “SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.”, subrogataria de las obligaciones a cargo del HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E.¹

I. ANTECEDENTES

CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA, 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 al HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E., hoy “SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.”, para que se acceda a las siguientes:

Pretensiones:

Acorde con lo consignado en la demanda, son las siguientes²:

¹ En los términos del Acuerdo 641 del 6 de abril de 2016, expedido por el Concejo Distrital de Bogotá.

² Folio 1 y 1 vuelto del expediente.

Que se declare la nulidad del oficio No **375-2018 del 2 de agosto de 2018**, suscrito por la Dra. Heyde del Carmen Rodríguez Pérez, Jefe Oficina Asesora Jurídica de la "SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.", antes Hospital Bosa II Nivel E.S.E., por medio del cual se negó el pago de los derechos laborales reclamados mediante la petición presentada el 18 de julio de 2018, y como **consecuencia de la nulidad solicitada**, que se disponga el restablecimiento del derecho como trabajador de la entidad por el lapso comprendido entre el 23 de diciembre de 2014 y el 26 de julio de 2015, así:

- a) Reconocer que entre la "SUBRED INTEGRADA DE **SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**", antes Hospital Bosa II Nivel E.S.E. existió una relación laboral durante el término comprendido del **23 de diciembre de 2014 hasta el 26 de julio de 2015, periodo en que se desempeñó como CONDUCTOR** vinculado a través de **simulados** contratos de prestación de servicios.
- b) Que se condene a la entidad demandada a pagar las prestaciones sociales que en igualdad de condiciones les corresponde a los empleados de planta de la entidad accionada, tales como auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas semestral, de servicios, de navidad y vacaciones, sueldo de vacaciones, bonificaciones especiales por recreación y de servicios, horas extras, recargos nocturnos, subsidios familiar, dotaciones y seguridad social integral, causadas durante todo el tiempo que estuvo vinculado mediante la modalidad de prestación de servicios.
- c) Los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en PENSION que le correspondía realizar a la "**SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**"
- d) La devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por la "**SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**" al señor **CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA**, durante la prestación de los servicios por concepto de retención en la fuente y pago de seguridad social.
- e) Que los valores que resulten a favor del demandante sean cancelados con los intereses moratorios actualizados o indexados, acorde con el factor de corrección monetaria.
- f) Reconocer y pagar la indemnización prevista por la Ley 244 de 1995, por el pago tardío de las cesantías.
- g) Reintegrar todos los valores pagados por el actor por concepto de pólizas para amparar los supuestos contratos de prestación de servicios.
- h) Ordenar a la entidad accionada el pago de todas las sumas derivadas de la condena con la debida indexación, correspondientes a las diferencias entre el valor pactado en cada contrato y lo percibido por el personal de planta como salario en el cargo equivalente.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En resumen, los siguientes son los fundamentos fácticos de las pretensiones³:

³ Fls. 42 a 48 *id.*

1.- El demandante **CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA** laboró de manera **constante e ininterrumpida**, a través de contratos de prestación de servicios sucesivos y habituales para el Hospital Bosa II Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E, en el cargo de **CONDUCTOR** del **23 de diciembre de 2014 hasta el 26 de julio de 2015**.

2.- El actor debía cumplir horarios de trabajo impuestos por los agentes de la entidad accionada, según agendas de trabajo y órdenes impartidas permanentemente, realizando traslado de pacientes cuando lo ordenaba el CRUE o la oficina de radio del Hospital, colaboró con el equipo profesional y auxiliar de ambulancia en las movilizaciones y desplazamientos de pacientes y todas las demás relacionadas con la función misional de la E.S.E.

3.- Las funciones que cumplió **CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA** como **CONDUCTOR**, no eran ocasionales, ni obedecieron a aumentos de producción o demanda temporales.

4.- De conformidad con 1335 del 23 de junio de 190, que consagra el manual general de funciones y requisitos del sector salud, contempla la existencia del cargo de CONDUCTOR, y la entidad accionada ha hecho caso omiso para adecuar la planta de personal del Hospital en correspondencia con las reales necesidades para su funcionamiento, vulnerando así los derechos de los trabajadores.

5.- El HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E. no le ha cancelado al actor sus prestaciones sociales, vulnerando sus derechos a la igualdad y a un trato digno y justo frente a los empleados de planta que sí reciben todas las prestaciones sociales, vacaciones, primas, descansos, horas extras, etc.

6.- El día **18 de julio de 2018** el demandante presentó reclamación administrativa ante la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E. para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales durante todo el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, que fue resuelta de manera adversa mediante el oficio 375-2018 del 2 de agosto de 2018.

7.- El 28 de noviembre de 2018 presentó ante la Procuraduría General de la Nación solicitud de conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad, que fue declarada fallida por el Procurador 81 Judicial I en Asuntos Administrativos de Bogotá el día 21 de enero de 2019 año por ausencia de ánimo conciliatorio.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

En la demanda se invocaron como violadas las normas consagradas en el preámbulo y en los artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209 de la Constitución Política; las leyes 2400 de 1968, 734 de 2002, 909 de 204 y 1437 de 2011, así como los Decretos 1950 de 1973 y 135 de 1990.

Causales de nulidad propuestas

En síntesis argumenta el actor que el acto administrativo acusado incurre 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 o de arrendamiento de servicios profesionales, con la finalidad de no reconocer prestaciones sociales.

Así mismo sostiene que la actuación de la entidad demandada, vulnera el **principio superior de la primacía de la realidad**, contrariando la jurisprudencia de la Corte Constitucional, contenida entre otras, en la Sentencia C-154 de 1997, 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.

Sostuvo, igualmente, que se estructuran las causales de anulación de desviación del poder y falsa motivación, ya que los argumentos consignados en el acto administrativo demandado no corresponden a la realidad y resultan contradictorios al afirmar que el cargo de Conductor no forma parte de la planta de personal de un centro Hospitalario, lo que sería equiparable a afirmar que el Gerente de la entidad tampoco hace parte de la nómina de empleados, ya que la gerencia no cumple una tarea misional en el área de la salud.

En su escrito transcribe jurisprudencia relacionada con el objeto del litigio, concluyendo que en el presente asunto se debe declarar 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 SUR OCCIDENTE E.S.E.**, como subrogataria de las obligaciones a cargo del Hospital Bosa II Nivel E.S.E., dentro del término legal allegó escrito de contestación (fls. 83 a 100), planteando oposición a las pretensiones de la demanda en los términos que a continuación se sintetizan:

Argumentó que la vinculación del demandante al HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E. se produjo para desarrollar labores como CONDUCTOR, mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios, prevista por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, habiéndose estipulado de manera expresa la exclusión de cualquier vínculo laboral, por lo que el actor era conocedor de que no se configuraría ninguna obligación diferente a la establecida en los precitados contratos.

Con extensas glosas de apartes del ordenamiento jurídico sobre la naturaleza del contrato de prestación de servicios, así como de citas jurisprudenciales del Consejo de Estado, pero sin referirse en concreto a las funciones y la subordinación alegada por el actor en el libelo introductorio, como elementos que configuran la existencia de una vinculación laboral, la entidad accionada solicitó que se nieguen sus pretensiones.

Formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó *“inexistencia de las obligaciones reclamadas”, “inexistencia del derecho”* y *“pago de lo no debido”*⁴

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Precluida la etapa probatoria, acorde con lo dispuesto en auto proferido en la audiencia celebrada el 13 de febrero de 2020 (fls. 14 a 146), en la cual se tuvo por recaudados todos los elementos probatorios necesarios para decidir, se dispuso el

⁴ Las excepciones previas de *“caducidad”, “prescripción”* y *“falta de jurisdicción”*, fueron resueltas en la etapa correspondiente de la audiencia inicial celebrada el 20 de noviembre de 2019 (fls. 109 a 113).

cierre del debate probatorio y el traslado a las partes para presentar sus alegatos de conclusión, oportunidad en la cual comparecieron con los siguientes planteamientos:

Parte actora: A través de escrito visible a folios 149 y 150 del expediente, el apoderado del demandante reiteró los argumentos consignados en la demanda, afirmando que con los testimonios recaudados en la etapa probatoria se logró acreditar la veracidad de los fundamentos fácticos en que se apoyan las pretensiones, ya que se demostró el cumplimiento de horarios establecidos por el Hospital Bosa II Nivel E.S.E. para el ejercicio de labores como conductor de ambulancia, cuyas actividades eran registradas en unas bitácoras que la entidad accionada se abstuvo de suministrar, a las que aludieron los testigos en sus declaraciones, de manera que están acreditados los elementos propios de la vinculación laboral con el HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E., como lo es la prestación de un servicio personal, el pago o retribución económica con abono a cuenta de nómina y la permanente subordinación por las órdenes directas y constantes que debía cumplir, impartidas por sus jefes inmediatos o superiores para ejecutar las funciones de CONDUCTOR.

Parte demandada: La entidad accionada, Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E., mediante escrito que obra a folios 147 y 148 del expediente, solicitó negar las pretensiones de la demanda, insistiendo en los argumentos plasmados en el escrito de contestación.

Sin hacer referencia alguna respecto de la prueba testimonial o documental recaudada, adujo que el actor no estuvo vinculado a la administración en forma legal y reglamentaria, sino a través de contratos regulados por la Ley 80 de 1993, sin que se diera lugar a las prestaciones reclamadas; además indicó que las contrataciones no fueron continuas, ya que entre febrero y abril de 2015 se produjo una interrupción superior a un mes.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

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 precisado en la audiencia inicial celebrada el 20 de noviembre de 2019⁵, 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 establecer la existencia de una relación laboral entre el HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E. y el demandante y, en caso afirmativo, si como consecuencia de ello tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir con ocasión de ese vínculo, así como el reconocimiento y pago de las indemnizaciones y devoluciones reclamadas.

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

⁵ Folios 109 a 113. Medio magnético CD visible a fl. 114.

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**⁶ 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*

⁶ “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.

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 cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes en su respectiva planta, y en su parágrafo, 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”, por ejemplo en la 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 Segunda⁷ 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 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 Estado⁸.

(...)

*Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.*

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una

⁷ 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).

⁸ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011.

⁹ 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.

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.¹⁰

(...)

*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 23001-23-33-000-2013-00260-01¹¹, 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.

¹⁰ 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 empleado público, dadas las condiciones especiales que se predicán de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

¹¹ 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.

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 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 88¹² 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

¹² 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.

demostrar la relación laboral entre las partes, requieren que el 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 jurisprudencia,¹³ 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 2005¹⁴, del 4 de febrero de 2016¹⁵ y, por supuesto, en la sentencia de Unificación ya mencionada en precedencia¹⁶.

¹³ 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.

¹⁴ "(...) 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicación 23001233300020130026001 (0088-15), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

Claro es entonces, 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 determinar 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 pensión y salud, estos deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso¹⁷, 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 Estado¹⁸ 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.

¹⁷ 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%.

¹⁸ 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).

En pronunciamiento posterior¹⁹ 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) años²⁰, 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 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 Estado²¹ 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 posición²² y explicó lo siguiente:

¹⁹ 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.”*

²⁰ 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.”*

²¹ Sentencia de Tutela de 11 de noviembre de 2015, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Radicación No.: 11001-03-15-000-2015-02772-00.

²² 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.

*“(…) 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)²³, 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.

6. Caso concreto

6.1 Lo probado en el proceso

Contratos:

Dentro del expediente se encuentra demostrado que el demandante suscribió con el HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E., los contratos que a continuación se relacionan, durante el tiempo comprendido entre el 23 de diciembre de 2014 hasta el 26 de julio de 2015²⁴, con las siguientes características:

No. CONTRATO	FECHA INICIO	FECHA TERMINACION	VALOR
AS 1252/2014	23/12/2014	31/12/2014	\$ 399.174
AS 91/2015	01/01/2015	08/01/2015	\$ 638.678
AS 265/2015	01/02/2015	28/02/2015	\$ 1.197.522

²³ “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;

(…)”.

²⁴ Acorde con la certificación que obra a folio 21 del expediente y las copias de los contratos visibles a folios 24 a 39.

AS 535/2015	10/04/2015	30/04/2015	\$ 1.158.594
AS 558/2015	01/05/2015	19/05/2015	\$ 758.431
AS 668/2015	01/06/2015	30/06/2015	\$ 1.269.381
AS 832/2015	01/07/2015	26/07/2015	\$ 1.100.130

Con sustento en las mencionadas documentales el Despacho tiene probado que entre la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E. y el actor fueron suscritos siete (7) contratos para la prestación de servicios profesionales como CONDUCTOR, entre el 23 de diciembre de 2014 y el 26 de julio de 2015, con dos interrupciones superiores a 15 días, entre el 8 de enero y el 1 de febrero de 2015, la primera, y entre el 28 de febrero y el 10 de abril de 2015, la segunda.

Así mismo, del texto de los contratos aportados como prueba, se colige que, su labor correspondía a las de CONDUCTOR de ambulancia del Hospital Bosa II Nivel E.S.E., para el traslado de diferentes pacientes, manejo de los equipos de radiocomunicación de la ambulancia, colaboración con el equipo de médicos y auxiliares en las citadas actividades, para lo cual debía “...recibir y entregar turno a las 7:00 a.m, 1:00 p.m., y/o 7:00 p.m. según programación de turno aplicando los procedimientos definidos para tal fin y conforme a las actividades programadas por el Hospital” y “Asistir a las reuniones y capacitaciones a las cuales sea citado”²⁵.

Interrogatorio de parte

El demandante CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA compareció a absolver interrogatorio de parte²⁶ por petición de la entidad accionada, manifestando que su oficio es el de técnico mecánico en motores y de estado civil casado. En su exposición afirmó que prestó sus servicios al HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E. desde el 23 de diciembre de 2014 al 30 de julio de 2015, realizando las actividades como conductor de ambulancia APH; que debía rendir informes de sus actividades, inicialmente el Dr. Jaime Gallo, encargado de las Ambulancias APH, luego la Jefe

²⁵ Descripción de las actividades desarrolladas por el actor, certificadas por el Asesor Jurídico del Hospital Bosa II Nivel E.S.E. (fs. 21 y 22).

²⁶ Intervención que se aprecia en la grabación contenida en medio magnético (CD – fol. 136), en el lapso comprendido entre los minutos 4:40 a 14:02.

Yeny Montoya, quienes le daban las instrucciones permanentes sobre las actividades a cumplir; que en el Hospital también trabajaron los conductores de planta, Gildardo Gil, Manuel Villamil, José Alfonso Suárez Rátiva, Jaime Sierra y Jorge Barón, quienes fueron sus compañeros de trabajo y hacían las mismas tareas como conductores de las ambulancias APH, pero a ellos sí les pagaban todas las prestaciones sociales, primas y vacaciones, dando razón de su conocimiento porque al momento de ingresar a la entidad como contratista, el jefe le informó quienes eran los conductores de planta; que cumplía un horario nocturno, para lo cual firmaba siempre las bitácoras de los turnos, que eran 12 horas laboradas por 24 horas; que en ocasiones los jefes le daban la orden de doblarse en los turnos porque faltaba algún conductor de planta; en su exposición explicó la forma detallada como realizaba las actividades de conductor, e informó que en una oportunidad se presentó la interrupción de su contrato, el 15 de febrero de 2015, porque sufrió un accidente laboral con la ambulancia donde hubo un fallecido y le volvieron a reanudar el contrato el 15 de marzo; concluyó su exposición solicitando que el Hospital Bosa II Nivel E.S.E. le pague sus derechos en la misma forma que a los conductores de planta, ya que realizaban las mismas funciones.

Declaración de terceros

a) José Alfonso Suárez Rátiva²⁷, mayor de edad, vecino de esta ciudad, de estado civil casado, empleado de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., ejerciendo el cargo de Conductor, manifestó que conoció al demandante en el año 2012 o 2013 cuando él llegó a trabajar como contratista en labores de conducción de ambulancia del Hospital Bosa II Nivel E.S.E., en donde el testigo trabaja como empleado de planta; que al demandante le consignaban mensualmente en su cuenta bancaria sus servicios por la labor desarrollada; que las labores desarrolladas por el testigo como conductor de ambulancia de la planta de personal del Hospital de Bosa eran iguales a las que desarrolló el demandante Nemeguen Mora como contratista, ya que ambos cumplían el horario asignado por los jefes inmediatos, que consistían en turnos de 12 horas por 24 de descanso, de seis de la mañana a las seis de la tarde o de las seis de la tarde a las seis de la mañana; que el actor recibía órdenes directas del Coordinador de Urgencias del Hospital, el Doctor Ronal Fernel

²⁷ Intervención que se aprecia en la grabación contenida en medio magnético (CD – fol. 136), en el lapso comprendido entre los minutos 15:02 a 39:35.

Rojas; que el Dr. Jaime Gallo, mencionado por el actor en su interrogatorio, era quien reemplazaba al Dr. Rojas en sus ausencias; y que la Dra. Yeimi también mencionada, ingresó con posterioridad para brindarle apoyo al Dr. Rojas; explicó que las siglas APH significan Atención Pre Hospitalaria y las ambulancias que ellos conducían, el testigo y el demandante, correspondían a esta labor; que todas las actividades por ellos desarrolladas, como cambio de turno, entrega de la ambulancia y eventos diarios, se registraban en un libro o bitácora que reposaba en el mismo vehículo y era actualizado por ellos mismos; que si había cambio de turnos, era el Coordinador de Urgencias del Hospital quien los autorizaba; que tanto el testigo, como conductor de planta, como el demandante, en calidad de contratista, estaban subordinados al Coordinador de Urgencias para el cumplimiento de sus actividades; que tenían que cumplir con capacitaciones que convocaba el Hospital y eran obligatorias para todos, conductores de planta y contratistas así se realizaran fuera del turno; que las funciones eran las mismas, asear la ambulancia, hacer reparaciones menores al motor, y todo eso estaba por escrito; que desde el año 2014 y en la época actual, siempre han existido contratos de prestación de servicios para vincular conductores, ahora lo hace la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., porque el Hospital Bosa II Nivel E.S.E. ya no contrata directamente; que el testigo también recibió órdenes de la Coordinadora Yeimi Montoya, al igual que el demandante; que los insumos para el desempeño de las funciones, como gasolina y mantenimiento, los suministraba el Hospital Bosa II Nivel E.S.E. en ese momento.

b) Manuel Fernando Villamil Ocampo²⁸, mayor de edad, vecino de esta ciudad, de estado civil unión libre, empleado del Hospital Bosa II Nivel E.S.E. desde el año 2000 cuando fue nombrado en la planta de personal, en carrera por concurso, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., ejerciendo el cargo de conductor de ambulancia, manifestó que al demandante lo conoció, sin poder precisar la fecha, cuando él llegó a trabajar como contratista en labores de conducción de ambulancia del Hospital Bosa II Nivel E.S.E.; que ambos, testigo y demandante, tenían la misma labor, manejar las ambulancias transportando heridos y pacientes, cumplían un horario establecido por el Hospital; al demandante le hacían los pagos mensuales por sus servicios en una cuenta bancaria; que las labores desarrolladas por el testigo como conductor de ambulancia de la planta de personal del Hospital de

²⁸ Intervención que se aprecia en la grabación contenida en medio magnético (CD – fol. 136), en el lapso comprendido entre los minutos 40:05 a 1:00:48.

Bosa eran iguales a las que desarrolló el actor como contratista, ya que ambos cumplían con horarios que eran asignados por la Coordinador, Fernel Rojas, quien era también la persona que supervisaba sus labores como conductores; que los implementos de trabajo eran suministrados por el mismo Hospital; ratificó la información sobre la existencia de un libro o bitácora en donde se registraban todos los eventos, cuando se recibía y se entregaba el vehículo por cambio de turno; que todos los conductores, de planta y de contrato, debían asistir de manera obligatoria a capacitaciones que eran convocadas por el Hospital; que el demandante no era autónomo para escoger el turno o cualquier vehículo de trabajo, eso lo asignaba el respectivo Coordinador, que era de 12 horas de trabajo por 24 horas de descanso, conforme a la programación entregada por el Jefe; que en el Hospital continúan contratando personas para realizar la labor de conductor por prestación de servicios.

Conclusiones de la prueba testimonial

Las declaraciones rendidas por las personas citadas son consonantes con lo afirmado por el demandante en los hechos de la demanda y en el interrogatorio de parte absuelto, así como con la prueba documental recaudada, respecto a que CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA prestó sus servicios personales al HOSPITAL DE BOSA II NIVEL como CONDUCTOR, realizando una labor inherente al giro normal de las actividades del Ente público, esto es, la prestación de servicios de salud destinados al transporte de pacientes desde y hacia el Hospital Bosa II Nivel E.S.E., acorde con las políticas públicas de salud del Distrito Capital de Bogotá, cumpliendo con un horario previamente determinado y recibiendo una remuneración como contraprestación por su labor.

Para el Despacho es muy revelador para acreditar los supuestos fácticos en que se apoyan las pretensiones, que los dos testigos que rindieron su declaración dentro del proceso, fueron empleados de planta del Hospital Bosa II Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., ya que por su conocimiento directo de las funciones que debían cumplir como conductores de ambulancias, dieron fe que la labor que realizó Carlos Arturo Nemequen Mora mientras fue vinculado como contratista, afirmando de manera categórica que fueron las mismas por ellos realizadas, desarrolladas dentro de un horario de trabajo impuesto por las directivas

del Hospital, cuyos eventos diarios eran registrados de manera obligatoria en un libro o bitácora.

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 CONDUCTOR, consonante con la naturaleza, objetivos y misión pública de la entidad accionada, en razón de las órdenes directas y constantes impartidas por los respectivos jefes o coordinadores de planta, como es el caso de Ronal Fernel Rojas o su reemplazo Yeimi Montoya, acorde con las directrices impartidas por las Directivas del Centro Hospitalario para el cual prestó sus servicios; Este hecho no fue desvirtuado ni debatido por la entidad demandada.

Por lo anterior, concluye el Despacho que entre el demandante CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA y el HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E., existió una verdadera relación laboral, durante el período comprendido entre el 23 de diciembre de 2014 hasta el 26 de julio de 2015, de naturaleza permanente, por tratarse de actividades inherentes a la misión institucional del centro hospitalario, como son las encaminadas al transporte especializado de pacientes desde y hacia el mismo, ejerciendo funciones como CONDUCTOR; y, además, carecía de autonomía e independencia para el ejercicio de las tareas encomendadas, hallándose acreditado el interés de la administración por emplear en forma constante, los servicios profesionales del demandante, quedando desvirtuada la naturaleza del contrato de prestación de servicios o de arrendamiento de servicios personales, por razón de la existencia de una verdadera relación de trabajo.

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 Constitución Política, 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 empleado público del actor; 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 pensión²⁹.

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 del demandante con el HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E., se mantuvo hasta el 26 de julio de 2015 y que la reclamación para el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales adeudadas en razón a su labor como CONDUCTOR, con la cual se interrumpió el fenómeno prescriptivo, se radicó el **18 de julio de 2018** (fls. 12 a 14). Además, la demanda en sede judicial fue presentada el 25 de enero de 2019. (fl. 74)

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**

²⁹ 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%".

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 y acreditado como se halla en el expediente que la vinculación del demandante fue interrumpida por término superior a quince (15) días en dos (2) oportunidades, como atrás se precisó, surte efectos extintivos para el caso bajo estudio la que se produjo entre los contratos AS265/2015 Y AS 535/2015, habiendo vencido el primero de estos el 28 de febrero de 2015 y dando inicio el segundo el 10 de abril de 2015 (**40 días de intervalo**), fuerza concluir que el reconocimiento de las prestaciones sociales comunes y ordinarias se dispondrá a partir del **10 de abril de 2015 y hasta el 26 de julio de 2015**, pues las anteriores se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

No obstante, en cuanto a los **derechos prestacionales en salud y pensión, acorde con la jurisprudencia citada³⁰**, se ordenará a la entidad accionada establecer, **durante todo el período de vinculación**, esto es, desde el 23 de diciembre de 2014 y el 26 de julio de 2015, 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.

6.3. Indexación

Para efectos de actualizar las sumas que producto de esta condena llegare a adeudar la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE 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:

³⁰ Sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, radicación 23001233300020130026001 (0088-15), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

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

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

6.4 De las pretensiones de reconocimiento de las sanciones por mora por el pago tardío de las cesantías (Ley 244 de 1995) y mora en el pago de los intereses a las cesantías (Ley 52 de 1975).

No accederá el Despacho a la pretensión de reconocimiento de la sanción moratoria por el pago tardío del auxilio de las cesantías ni de los intereses sobre las mismas, 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 tales obligaciones patronales, 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.

6.5. Devolución de sumas pagadas por el demandante

En lo que concierne a la reclamación de devolución de los valores que según afirmación del actor 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.

En el mismo sentido no se accederá a la petición de reembolso de valores por concepto de las Pólizas únicas de cumplimiento constituidas por el demandante, por las siguientes razones: **i)** estas fueron generadas por el vínculo contractual y no en razón a una relación laboral; **ii)** las pólizas buscaban garantizar el cubrimiento de daños que pudieran ocasionarse a terceras personas, por el tiempo que duró el contrato, de conformidad con la norma que regía la relación entre las partes, la cual se desarrolló bajo los designios de la Ley 80 de 1993; y **iii)** 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.

7. Costas

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

8.- Conclusión final

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, con aplicación de la prescripción, 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.

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 CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.272.923 expedida en Bogotá y el HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E., existió una verdadera relación laboral con ocasión de los servicios prestados mediante contratos de prestación de servicios celebrados entre el 23 de diciembre de 2014 y hasta el 26 de julio de 2015, conforme a lo explicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No.375-2018 del 2 de agosto de 2018, mediante el cual la Subred Integrada de Servicios de Salud SUR OCCIDENTE E.S.E., negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, con ocasión de los servicios prestados por CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA, mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios y/o arrendamiento 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 SUR OCCIDENTE E.S.E. a:

a) RECONOCER Y PAGAR al demandante CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA, identificado con la C.C. No. 80.272.923 expedida en Bogotá, 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 CONDUCTOR del HOSPITAL DE BOSA II NIVEL E.S.E, **causados durante el periodo comprendido entre el 10 de abril de 2015 al 26 de julio de 2015**, por aplicación de la prescripción trienal, tomando como salario el monto de los honorarios pactados en cada uno de los contratos celebrados.

b) Establecer, mes a mes, si existió diferencia entre los aportes realizados directamente por la contratista CARLOS ARTURO NEMEGUEN MORA 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 **23 de diciembre de 2014 hasta el 26 de julio de 2015**, y en caso afirmativo consigne su valor en la correspondiente Administradora de Salud y Pensión, a la cual se encuentre afiliado.

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 10 de abril de 2015**, acorde con lo explicado en la motivación precedente.

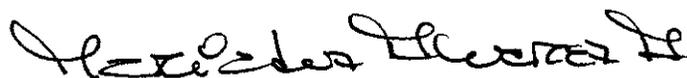
QUINTO: Sin costas en la instancia.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SÈPTIMO: 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 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