



## JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES

Manizales, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

<b>RADICADO:</b>	17001-33-33-001-2018-00441-00
<b>MEDIO DE CONTROL:</b>	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
<b>DEMANDANTE:</b>	DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ
<b>DAMENDADA:</b>	ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA (CALDAS)
<b>SENTENCIA:</b>	115
<b>NOTIFICACIÓN:</b>	ESTADO N° 128 DEL 25 DE AGOSTO DE 2021

El Despacho profiere sentencia en el proceso de la referencia, de conformidad con establecido en el numeral 3º del art. 182 del CPACA y, en consideración a que se encuentra agotado el trámite necesario para tal efecto, previos los siguientes.

Se resalta que, sobre la temática central de este litigio, el juzgado ya se ha pronunciado en otras oportunidades.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1 LA DEMANDA

Pretende la parte actora que se decrete la nulidad del acto administrativo del 22 de marzo de 2018 con “Ref: Respuesta solicitud”, proferido por la gerente del HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA, por medio del cual se resolvió negativamente la existencia de una verdadera relación laboral surgida entre la demandante y la entidad demandada, con la prestación del servicio que esta desempeñó con fecha de iniciación del 23 de enero de 2016 y de terminación el 07 de noviembre de 2016.

A título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de los créditos laborales equivalentes a las prestaciones sociales, salariales y demás derechos laborales, que relaciona de la siguiente forma:

- “A) El pago de las cesantías que se produjeron durante el tiempo de la relación laboral.*
- B) El valor correspondiente al pago de intereses a las cesantías.*
- C) El valor correspondiente al pago por concepto de la no consignación de las cesantías al fondo escogido por el trabajador.*
- D) El valor correspondiente al pago de las primas.*
- E) El valor correspondiente al pago de las vacaciones.*
- F) Reintegro de todas las deducciones y retenciones en la fuente durante todo el tiempo de vinculación a la entidad.*
- G) El valor de los aportes al sistema de seguridad social tanto en pensión como en salud.*
- H) El valor correspondiente al pago de horas extras diurnas.*
- I) El valor correspondiente al pago de horas extras nocturnas.*
- J) El valor correspondiente al pago de trabajo nocturno.*
- K) El valor correspondiente al pago de dominicales.*
- L) El valor correspondiente al pago de festivos.”*

Sumas que pretende debidamente indexadas desde la fecha en que se causaron, hasta que sea totalmente reintegrada, así como el pago de los interés moratorios y compensatorios que sean del caso y, de las costas y agencias en derecho.

### **1.1.1 Síntesis de los hechos**

Acude la demandante a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentando los siguientes hechos:

La señora DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ estuvo vinculada al HOSPITAL SAN BERNANRDO DE FILADELFIA bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios N° 048-2016, del que considera se constituyó por si mismo, en una verdadera relación laboral, pues desempeñó funciones profesionales de médico en servicio social obligatorio, evidenciando todos los elementos conformantes de un contrato de trabajo, cuyo inicio fue el 23 de enero de 2016 y con fecha de finalización para el día 07 de noviembre del mismo año, por exoneración del tiempo faltante estipulado por contrato hasta el 31 de diciembre de 2016.

Se afirma en la demanda que el desempeño del contrato suscrito con la entidad denominado como de prestación de servicios, sucedió bajo unas órdenes de trabajo y en desarrollo de una multiplicidad de parámetros de subordinación, no diferenciándose de los demás empleados y compañeros de labores, quienes si eran y son considerados como empleados en la entidad, degenerándose en un verdadero contrato de trabajo o relación legal y reglamentaria.

Así, considera que el Hospital encartado incumplió y violó las leyes del trabajo, como los principios del derecho laboral, tales como la primacía de la realidad sobre las formas, de la igualdad, la irrenunciabilidad de derechos mínimos, la dignidad de la relación laboral, entre otros.

Denuncia la demandante que, a pesar de haber ejercido sus funciones con lealtad, eficiencia, responsabilidad y dedicación, sin haber sido investigada o sancionada, no le fueron reconocidas, ni pagadas las prestaciones sociales a que tuvo derecho, sumado a que tuvo que asumir durante todo el tiempo de duración del nexo laboral, el pago correspondiente de los aportes al sistema integral de seguridad social en salud y pensión como cotizante independiente.

Que la asignación mensual percibida por la actora para el momento de su desvinculación, ascendía a la suma de TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS M/CTE (\$3'246.672).

## **1.2 Normas vulneradas**

### **1.2.1 Fundamentos jurídicos**

Se relacionan como vulnerados, las siguientes normas:

**Constitución Política:** artículos 1, 2, 13, 25, 53, 93, 94, 122, 123, 124, 125, 150 numeral 23, 189, 209 y 228

**Normas Legales:** El numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Ley 6 de 1945, Decreto 1045 de 1978 y Ley 4 de 1992.

**Normas supraleales y tratados internacionales:** Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 aprobado por la Ley 74 de 1968, Convenios 87, 98, 100, 101 de la OIT aprobados a través de las Leyes 26 y 27 de 1976, 55 de 1962 y 22 de 1967 respectivamente.

### 1.2.2 Concepto de violación

Señala la demandante resumidamente, que las disposiciones legales y constitucionales señaladas fueron violadas, pues en estos se encuentran previstos los principios de orden laboral que no pueden desconocerse por la administración, disponiendo elementos diferenciales del contrato laboral frente al de prestación de servicios, como es la subordinación o dependencia, los cuales advierte reunidos en el caso sub examine, primando el derecho sustancial sobre el procedimental, habida cuenta que hubo una prestación de actividades propias de las desarrolladas por los servidores vinculados de planta de personal de la entidad, además porque cumplió con un horario, ejerció su labor con elementos de trabajo y en la sede de la entidad, recibió remuneración mensual y periódica, con lo que concluye, se dio un desnaturalización del contrato de prestación de servicios, convirtiéndolo en una verdadera relación laboral (fls. 8 a 15 del cuaderno 1)

### 1.3 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Dentro del término legal, la entidad demandada se pronunció y luego de referirse sobre cada uno de los hechos narrados en la demanda, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando no haberse configurado los elementos esenciales del contrato de trabajo, pues, en su criterio, se trató de un real y verdadero contrato de prestación de servicios, ejecutado conforme a los postulados legales y jurisprudenciales sobre la materia.

Dijo que no encuentra dentro del plenario pruebas documentales que demuestren claramente la existencia de subordinación o dependencia, tales como llamados de atención, memorandos, sanciones, y demás circunstancias que permitiesen afirmar la dependencia jerárquica recibiendo continuadas órdenes respecto de su poderdante, por lo que no habría lugar al pago de crédito alguno por concepto de prestaciones sociales.

Resalta que es de absoluta normalidad la coordinación que debe darse en el contratante y el contratista, sin que por ello implique que pueda suponerse una subordinación. Así entonces afirma que la relación contractual sostenida por la entidad que representa, fue la figura estipulada en el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, concordante con el Manual Interno de Contratación, para la época del año 2016.

#### 1.3.1 Excepciones de fondo

Por lo anterior, para desarrollar su estrategia de litigio, propuso las siguientes excepciones de mérito:

**(i) Inexistencia del contrato realidad:** Pues la demandante suscribió contrato de prestación de sus servicios profesionales de médico, labor que ejecutó de manera independiente y autónoma, que tuvo como sustento normativo el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, configurándose los elementos reiterados por jurisprudencia del H. Consejo de Estado para la existencia de este tipo de contratación, como son la prestación de un servicio no ajeno a la entidad relacionado con la administración o funcionamiento de la ESE, contando la contratista con autonomía en el

cumplimiento de la labor encomendada, que no era posible realizarse por el personal de planta y cancelándole honorarios por los servicios prestados.

En ese entendido, resalta el punto 2.1.1 de la cláusula segunda del contrato, correspondiente a la obligación del contratista a prestar el servicio como médico en los días y horarios correspondientes de acuerdo al cuadro de turno convenido con la entidad, queriendo decir que no era una imposición el horario a cumplir, evidenciando la independencia en la ejecución contractual, puesto que era la misma contratista quien en coordinación con el hospital establecía los horarios de atención, por lo que no puede predicarse que esta cumplía con las mismas funciones del resto de personal, ni mucho menos que estaba sujeta a órdenes directas.

De este modo, concluye no se acreditan los elementos del contrato de trabajo, pues este se desarrolló bajo el principio de coordinación, no pudiéndose sobrepasar la presunción iuris tantum que supone todo contrato de prestación de servicios.

## **(ii) Excepción genérica**

## **2. TRAMITE PROCESAL**

Agotadas cada una de las etapas procesales previas a la citación de la audiencia inicial (admisión de la demanda, traslado de la demanda, traslado de excepciones, entre otros), el despacho dispuso celebrar la diligencia del art. 180 del CPACA el día 21 de junio de 2021.

### **2.1 AUDIENCIA INICIAL**

#### **2.1.1 Fijación del litigio**

En esta oportunidad se plantearon como circunstancias fácticas que se tuvieron por probadas según lo aceptaron las partes que *la actora prestó personalmente sus servicios profesionales como médico de servicio social obligatorio, en la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA, durante 9 meses y 16 días; que el Hospital no canceló prestaciones sociales (prima, vacaciones, cesantías, salud, pensión, entre otros) durante el tiempo que estuvo vinculada, pero sí canceló los honorarios profesionales de que trata el mencionado contrato.*

#### **2.1.2 Problema jurídico**

El punto litigioso fijado en audiencia se concretó en *“establecer si en este caso la ejecución del contrato estuvo regida por circunstancias que impliquen una continuada subordinación y dependencia del contratista para con la contratante. Si así se llega a demostrar, deberá establecerse los emolumentos que deban reconocerse al actor en virtud de configuración de una relación laboral”.*

### **2.2 AUDIENCIA PRUEBAS**

Decretadas las pruebas documentales allegadas tanto con el escrito de la demanda, como de las acompañadas con la contestación de la misma, así como de las pruebas testimoniales solicitadas por las partes, en audiencia del 14 de julio pasado, fueron practicados y recolectados los testimonios quienes se hicieron presentes en dicha diligencia.

### **2.3 AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO**

Agotada la etapa probatoria, se fijó fecha para audiencia de alegaciones y juzgamiento para la presente fecha, en la que se presentaron los siguientes alegatos de conclusión:

#### **2.3.1 Parte demandante**

Presenta sus alegatos concluyendo resumidamente que en el caso que nos ocupa, ha quedado suficientemente probado que se han reunido cada uno de los presupuestos legales para despachar favorablemente las pretensiones elevadas con la demanda, pasando a argumentar sobre la existencia cada uno de los elementos constitutivos de una verdadera relación laboral legal y reglamentaria, fundamentándose en las pruebas documentales que nunca fueron controvertidos y, que fueron reforzadas con los testimonios precisos y congruentes recaudados en el proceso, haciendo un especial énfasis en lo dispuesto por la testigo Julialba Montoya Chica, de la que anotó es actualmente empleada por el Hospital, dependiendo de este y por tanto, no podría rendir testimonio perjudicial a los intereses de su empleador.

En suma, asegura que las labores que fueron desempeñadas por la demandante, hacen parte del haber natural de la entidad demandada, pues para el funcionamiento de un Hospital es de vital importancia tener a disposición a los médicos. Labores que se fueron desempeñadas de forma subordinada, no pudiéndose permitir que las instituciones de salud se aprovechen del contrato de prestación de servicios, para librarse de los cargos propios como empleadores, desconociendo los derechos de los trabajadores, como así lo ha dispuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado en casos similares al que llama la atención de este despacho.

(Minuto 2:08 a 11:55 del archivo denominado "07 AudienciaAlegacionesJuzgamiento" del expediente electrónico)

#### **2.3.2 Parte demandada**

El apoderado da la entidad accionada, inicia sus alegatos aduciendo que la misma demandante sabía desde un principio del tipo de vinculación con la ESE en virtud del sorteo de las plazas rurales, pues fue esta misma la que presentó propuesta de trabajo previa celebración del contrato, en la que disponía de su labor bajo la modalidad de prestación de servicios profesionales, como así se hizo bajo el amparo del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, concordante con el manual interno de contratación.

Ha alusión a que el contrato de prestación de servicios desempeñado por la demandante, estuvo regido bajo total autonomía e independencia, sin perjuicio de la aplicación del principio de coordinación actividades con la gerencia del Hospital, tanto para la ejecución de las funciones a desempeñar, como de los turnos pactados entre los contratantes previamente, para el cumplimiento del año de servicio social obligatorio rural.

Acto seguido, pasa a analizar los elementos decantados por los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, constitutivos de un contrato realidad y de la legalidad del contrato de prestación de servicios, reiterando especialmente que para el caso sub examine no existió la mencionada subordinación o dependencia, por cuanto no se tiene prueba documental o testimonial dentro del expediente, que diera cuenta de la sujeción a un superior jerárquico, tales como llamados de atención, memorando, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias, etc.

Sobre la asignación de turnos, indica que en virtud del contrato de prestación de servicios para el cumplimiento del SSO se tenía como finalidad el apoyo de los médicos a la ESE, siendo la contratista quien en coordinación disponía de los horarios de atención, por lo que no puede entenderse como lo asegura la parte actora, que estos cumplían las actividades bajo obediencia de la gerente, cuando eran estos, con ayuda del coordinador médico, los que podían definir el citado cuadro de turnos.

Pues si bien por parte de gerencia tuvo que tomar alguna determinación sobre los turnos, cuando hubo en una serie de inconformidades sobre estos, esto se hizo por la rebeldía mostrada por la demandante y otro médico igualmente deponente en este proceso, negándose a prestar los servicios durante 15 días de octubre de 2016, no cumpliendo la orden, ni la instrucción dada por gerencia, sin que por ello hubiera significado algún tipo de castigo, investigación disciplinaria o llamado de atención, lo que precisamente –considera- es muestra de la autonomía e independencia de la demandante.

Finalmente resalta el testimonio rendido por la señora Juliaalba Montoya Chica, quien conoce de la planta de personal y de los convenios y demás situaciones que han sucedido al interno del Hospital y; por el contrario, desestima los demás testimonios rendidos durante el proceso, particularmente la del señor ÁLVARO JOSÉ HERNÁNDEZ DINAS, de quien pide al despacho examinar su credibilidad, al considerarlo amañado y sesgado, siendo igualmente médico en SSO de la ESE para la época que atañe a este proceso, pero además, porque se encuentra actualmente adelantando proceso judicial en contra de la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA, como es el caso del precitado testigo, cuyo proceso se encuentra en curso en el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Manizales, con el radicado: 2018-00470.

(Minuto 12:00 a 28:00 del archivo denominado “07 Audiencia Alegaciones Juzgamiento” del expediente electrónico)

### **3. CONSIDERACIONES**

#### **3.1 Competencia**

El Juzgado es competente para conocer, en primera instancia, del presente proceso, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del CPACA.

#### **3.2 Generalidades**

Revisado el trámite que se le impartió a este proceso, el despacho encuentra que no se evidencian irregularidades que vicien la actuación y que se constituyan en causales de nulidad. Por lo anterior, y por encontrarse agotadas las etapas procesales necesarias para que sea viable proferir sentencia, el Juzgado procederá así, de conformidad con lo establecido en el art. 187 y de acuerdo a lo consignado en el numeral 3° del artículo 182 del CPACA.

### 3.3 Problema Jurídico

De acuerdo con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, en el *sub judice* corresponde determinar los siguientes aspectos:

*¿La señora DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ tiene derecho al reconocimiento de la existencia de una relación laboral, al confluir el elemento esencial de la continuada subordinación y dependencia, respecto a la vinculación que sostuvo con la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA entre el 23 de enero de 2016 y el 07 de noviembre de 2016?*

En caso afirmativo, deberá indicarse cómo se efectuaría el restablecimiento del derecho, esto es:

*¿Cuáles son las prestaciones sociales reclamadas a las que tiene derecho y si alguno de tales reconocimientos le prescribió a la demandante?*

Para resolver los anteriores interrogantes se efectuará un análisis jurídico y jurisprudencial aplicable a la materia. Con dichos argumentos se resolverán de paso, las excepciones de mérito que hayan sido propuestas.

### 3.4 Pruebas relevantes

Reposa en el expediente copia del siguiente material probatorio:

#### 3.4.1 Parte demandante

- Copia del acto administrativo sin número de radicado del 22 de marzo de 2018 con Ref: Respuesta solicitud (fl. 21).
- Copia del contrato de prestación de servicios N° 048-2016 (fls. 22-32).
- Copia del certificado expedido por la E.S.E HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA del periodo del año rural desarrollado por la demandante (fl. 33).
- Copia del acta de terminación y liquidación anticipada del contrato por prestación de servicios N° 048-2016 (fls. 34-35).
- Copia de los cuadros de turnos médicos desde el mes de enero de 2016 hasta el mes de noviembre de 2016 (fls. 36-46).
- Copia de las respectivas cartas donde la gerente impartía órdenes directas sobre los horarios de trabajo y el cumplimiento de los respectivos turnos médicos (fls. 47-60).
- Copia del certificado expedido por la DTSC exonerando del tiempo faltante a la demandante para el servicio social obligatorio como médica (fl. 61).

#### 3.4.2 Parte demandada

- Copia de la respuesta al derecho de petición de reclamación de la demandante en el año 2018 (fls. 101-102).
- Expediente administrativo con todos los documentos precontractuales, contractuales y postcontractuales (fl. 103-170).
- Acuerdo de la junta directiva No 002 de 2015, por el cual se fijó la planta de cargos de la ESE para el año 2016, y en las cuales no existe el cargo de médico o de coordinador médico (fl. 180-181).
- Manual interno de contratación de la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA vigente para la época de los hechos (fl. 171-179).

### 3.5 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

La Constitución Política de Colombia estableció la dignidad humana como uno de sus principios fundamentales. En coherencia con ello, prescribió como derechos fundamentales el derecho a la igualdad (artículo 13) y el derecho al trabajo (artículo 25), en un marco jurídico, democrático y participativo que asegure un orden político, económico y social justo.

En materia laboral, en el artículo 53 advirtió:

*“ARTÍCULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:*

*Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.”*

De lo anterior se concluye que la finalidad del constituyente fue imponer al legislador la consagración uniforme de los principios mínimos fundamentales para la protección de los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley en los distintos regímenes. Evidenciando así el proceso de Constitucionalización del derecho laboral y del derecho administrativo, ante el evidente proceso de impregnación del sustrato dogmático y teleológico de la Constitución en toda la legislación.

No es gratuito que la Asamblea Nacional Constituyente haya adoptado esta posición, pues se trataba de cumplir con las imposiciones internacionales del Bloque de Constitucionalidad, que por vía de los artículos 93, 94 (y otros de la carta), se implantó en Colombia. De hecho, desde tiempo atrás, la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)<sup>1</sup>, expresamente consagró en su Preámbulo el «reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor» premisa que se analizó en el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT<sup>2</sup> al señalar: «todo miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva los métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto».

### **3.5.1 Elementos integrantes de una verdadera relación laboral**

De conformidad con el artículo 23 del Código sustantivo del trabajo, para que exista una relación de naturaleza laboral, es necesario que confluyan tres elementos a saber;

*i). La actividad personal del trabajador, es decir realizada por sí mismo, lo que implica que su ejecución no puede ser delegada en otra persona.*

---

1 Aprobada en 1919

2 Aprobado por Colombia mediante la Ley 22 de 1967.

ii). *Un salario o remuneración como contraprestación del servicio prestado.*

iii). *La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a este para exigir el cumplimiento de órdenes en a aquel en cualquier momento respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos.*

En este orden de ideas, en reiterada jurisprudencia, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha desarrollado el contenido de estas directrices legales para explicar (en sentencia del 4 de febrero de 2016, expediente 0316-14), los elementos de la relación laboral así:

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

Valga resaltar que estos lineamientos jurisprudenciales fueron acogidos y citados en una sentencia reciente de esa misma Corporación, con ponencia del consejero Rafael Francisco Suarez Vargas del **veintiocho (28) de junio de dos mil dieciocho (2018)**<sup>3</sup>.

Ahora bien, frente al tercer requisito, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta al último para exigir el cumplimiento de órdenes al primero en cualquier momento y determinar circunstancias de modo, tiempo, cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, se ha decantado a nivel de la doctrina y la jurisprudencia que dicho elemento es el que resulta determinante para diferenciar una relación de tipo laboral de cualquier otra que comporte la prestación de un servicio de manera independiente en el marco de un contrato de naturaleza civil. Así, una de las expresiones más comunes de la subordinación, es la obligación de cumplir un horario por parte del trabajador, y se refleja en actitudes variadas, como cuando se impone pedir permiso para salir del trabajo o para faltar a él, puesto que, si no fuese así, el trabajador podría disponer de su tiempo según su conveniencia, siempre y cuando, claro está, cumpla con el objeto del contrato si este fuera de servicios, sujetarse a turnos para el cumplimiento de las labores, comprometiendo inclusive los días feriados fines de semana, por ejemplo.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000, se pronunció:

---

3 Proceso con radicación n° 20001-23-39-000-2015-00235-01(0500-17).

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

De esta forma, si bien los elementos del contrato de trabajo son tres: prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, con la existencia de este último es suficiente para que se configure una verdadera relación laboral, debido a que las dos primeras, esto es, la remuneración y la prestación personal del servicio, son comunes al contrato de trabajo y al contrato de prestación de servicios, **puesto que en la segunda forma de vinculación indicada, el contratista desarrolla una actividad por la cual percibe un pago o remuneración al no existir contratos de servicio gratuitos.**

Adicionalmente en el ámbito del derecho laboral administrativo, la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009, al analizar la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2° (parcial) del Decreto Ley 2400 de 1968, tal y como fue modificado por el artículo 1° (parcial) del Decreto Ley 3074 de 1968 introdujo a estos análisis, cinco elementos diferenciadores de la relación de trabajo respecto de la surgida de los contratos de prestación de servicios suscritos con el estado, a saber:

*"La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: **i) Criterio funcional**, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; **ii) Criterio de igualdad**: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; **iii) Criterio temporal o de la habitualidad**: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; **iv) Criterio de la excepcionalidad**: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal*

*de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) **Criterio de la continuidad:** si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.”*

Es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre las partes intervinientes en un contrato, que implica que el contratista se somete a las condiciones necesarias establecidas por el contratante para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación<sup>4</sup>, así lo dijo en Sala Plena el Consejo de Estado en sentencia del 18 de noviembre de 2003, Rad. U-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda:

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

En la más reciente decisión del Consejo de Estado<sup>5</sup> sobre este tema se recordó la unificación a que se había llegado en la alta Corporación en torno del contrato realidad:

*“Respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*

*i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*

---

4 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 17 de abril del 2013. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Rad. 05001-23-31-000-2001-04064-01(1917-12)

5 CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021) Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho Expediente : 50001-23-31-000-2011-00304-01 (2079-2018) Demandante : Eider Orlando del Río Carrillo Demandada : Empresa Social del Estado (ESE) Hospital Departamental de Villavicencio (Meta) Tema : Contrato realidad

*ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*

*iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

*iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

*v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

*vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

*vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

*De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho [...].”*

### **3.5.2 Generalidades del servicio social obligatorio -Área de la salud-**

El servicio social obligatorio se encuentra establecido en el artículo 33 de la Ley 1164 de 2007 y reglamentado por las Resoluciones 1058 de 2010, 2358 de 2014 y 06357 de 2016. No es más que un programa implementado en el sector salud

ejercitado por los profesionales de esta área tales como; médicos, bacteriólogos, personal de laboratorio clínico, enfermería etc., el cual consiste en que, una vez obtenido el título profesional, en aras de retribuir a la sociedad por su formación se vinculan a cualquier organismo o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de carácter público o privadas sin ánimo de lucro para desempeñar labores de su cargo.

Este servicio social se realiza por un término hasta de un año, durante el cual se deben desempeñar funciones y actividades específicas en proyectos, programas y acciones de salud según su profundización.

Sus orígenes se encuentran en Ley 50 de 1981, la cual dispuso que la práctica de este servicio sería un requisito inexcusable para la refrendación del título profesional, es decir que los egresados de estas profesiones deben cumplir con esta práctica a fin de quedar habilitados para ejercer su carrera.

La Corte Constitucional en sentencia T 520 de 2017 se refirió a las características de este servicio, indicando lo siguiente:

*"El SSO tiene las siguientes características que determinan su naturaleza: a. Es un trabajo de carácter social que tiene como finalidad mejorar el acceso a los servicios de salud de los grupos poblacionales vulnerables. **b. Debe garantizar una remuneración adecuada y prestaciones sociales a quienes llevan a cabo el servicio.** c. Se puede cumplir a través de varias modalidades (...)" (Negrillas y subrayas fuera del texto original)*

En anterior oportunidad<sup>6</sup> el mismo Alto Tribunal expresó que el SSO es un servicio de carácter social por medio del cual el Estado pretende mejorar el acceso a los servicios de salud a poblaciones vulnerables, ubicadas en regiones con un amplio margen de desprotección, derivado de la decisión del Legislador de garantizar a los egresados una remuneración adecuada, y de las correspondientes prestaciones sociales, situación que ha llevado a la Corte a considerar que durante el SSO pueden presentarse los elementos constitutivos del contrato de trabajo, siempre y cuando se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la ley 50 de 1990, esto es: **"i) que la actividad sea cumplida personalmente por el trabajador, (ii) que exista continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y (iii) el pago de un salario como retribución del servicio"**.

Lo anterior, sin que ello obste para que el personal de la salud que presta el SSO pueda vincularse bajo cualquier modalidad de contratación.

---

6 Sentencia T 021 de 2011 M.P Luis Ernesto Vargas Silva

Con este marco normativo y jurisprudencial, se procederá al estudio del caso concreto, sin perjuicio que en ese debate se hagan otras alusiones jurisprudenciales.

#### 4. DEL CASO CONCRETO

Para demostrar la relación laboral, como se dijo precedentemente, es necesario establecer los tres elementos existentes para este tipo de vinculación, esto es: **i)** La prestación personal del servicio, **ii)** La remuneración o pago y **iii)** La subordinación. En consecuencia, el despacho procederá a estudiar cada uno de estos elementos, para determinar si se encuentran configurados en el asunto bajo examen:

##### 4.1 Análisis probatorio

En el presente caso, tenemos que la demandante **DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ**, prestó sus servicios como médico de servicio social obligatorio (en adelante SSO) en “desarrollo de su año rural en la ESE Hospital San Bernardo, en el periodo comprendido entre el 23 de enero de 2016 hasta 07 de noviembre de 2016, con el código de plaza N° 1727200820011-1”, según se ve en la certificación expedida por la señora MÓNICA EUGENIA MORALES CARMONA, Gerente de la precitada ESE, fechada en noviembre 07 de 2011 (fl. 33); así como de las actas o informes parciales de interventoría (fls. 142-168) y del acta de terminación y liquidación anticipada por mutuo acuerdo (fls. 169-170).

##### 4.1.1 Sobre la prestación personal del servicio

En cuando al cumplimiento del primer requisito, entendido como la actividad o prestación personal del servicio -la cual se caracteriza porque no puede ser delegado en otra persona- se observa en el contrato de prestación de servicios profesionales que obra en el plenario<sup>7</sup>, y así fue aceptado por las partes, dicha relación estuvo regida según el contrato aportado entre otras obligaciones por las siguientes que se destacan:

2.1.2 Efectuar un buen manejo de los equipos, materiales, documentos y demás elementos que le sean entregados para la ejecución del servicio contratado.

2.1.9 Prestar el servicio contratado con la mayor diligencia, respeto y puntualidad.

2.1.16 Brindar en la consulta, educación en salud orientada a prevenir la enfermedad y a tomar las medidas necesarias para contribuir a su recuperación cuando se haya perdido.

2.1.17 Sujetarse a la interventoría de quien sea designado por el HOSPITAL atendiendo oportunamente los requerimientos de este.

2.1.18 Informar toda ausencia a cumplir con las actividades que EL CONTRATISTA hubiera programado, con el propósito de cubrir lo que corresponda o adoptar las decisiones a que haya lugar para la atención de los pacientes programados.

De los testimonios que se practicaron a solicitud de las partes durante el proceso, se extrae que tanto el compañero de servicio social obligatorio ÁLVARO JOSÉ HERNÁNDEZ DINAS y la que entonces laboró como auxiliar de enfermería KLAYRE KATERYNE PÉREZ GÓMEZ, coincidieron en decir que las labores para las que fue contratada DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ debían ser ejecutadas de forma personal, pues no podía delegar sus funciones, ni subcontratar,

---

<sup>7</sup> Ver folios 22 a 32 y 124 a 134 del “Cuaderno 1”

solo pudiéndose ausentar en los tiempos libres según lo disponía el cuadro de turnos, pero en todo caso con permiso de gerencia del Hospital, porque solo había cuatro médicos en la ESE realizando Servicio Social Obligatorio, y entre ellos debían cubrir tanto los turnos de urgencias de 24 horas que iniciaban a las siete de la mañana y finalizaban a la misma hora del día siguiente, más los turnos de consulta de martes a sábado desde las 7:30 de la mañana hasta el mediodía y de 2:00 a 5:30 P.M.<sup>8</sup>

#### 4.1.2 De la remuneración o pago

En lo relativo al salario o remuneración como contraprestación del servicio prestado, de acuerdo al contrato de prestación de servicios N° 048-2016 del 23 de enero de 2016 (fls. 22-32 y 124-134) queda establecido que se pactó como honorarios mensuales la suma de **TRES MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$3´246.672)**, pagándose por los primeros nueve (09) días del mes de enero de 2016, la suma de **NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$942.582)** y **SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETEMIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$756.556)** por los últimos siete (07) del mes de noviembre de 2016, de ahí que en efecto se presentare un pago en retribución al servicio prestado.

Circunstancia de la que también obra prueba en el expediente, con los informes de interventoría expedidas por la Supervisora/Gerente del contrato en nombre del Hospital demandado<sup>9</sup>, en los que consta el valor habilitado a pagar para cada mes correspondientemente, lo cual constata que en efecto se pactó el pago de una remuneración por la prestación del servicio pactado.

#### 4.1.3 La subordinación

En este caso, debe tenerse en cuenta que la prestación del servicio de salud de la demandante obedeció no al desarrollo de la actividad de la medicina profesional como tal, sino que dicho contrato se desarrolló en el marco de una exigencia que la ley impone a los profesionales de la medicina para obtener su registro de médicos y habilitación del ejercicio de dicha profesión.

En ese sentido, el régimen de vinculación de las personas que presten el Servicio Social Obligatorio, que consiste como ya se dijo en el acápite precedente, en la prestación uno de carácter social por medio del cual el Estado pretende mejorar el acceso a los servicios de salud a poblaciones vulnerables a través de personas que han culminado sus estudios superiores en Medicina, se encuentra regulado en el artículo 15 de la Resolución 1058 de 2010 del Ministerio de la Protección Social por el cual *"se reglamenta el Servicio Social Obligatorio para los egresados de los programas de educación superior del área de la salud y se dictan otras disposiciones"*, y el cual dispuso:

***"ARTÍCULO 15.- VINCULACIÓN Y REMUNERACIÓN. - Las plazas del Servicio Social Obligatorio se proveerán mediante la vinculación de los profesionales a la institución a través de nombramiento contrato de trabajo, en su defecto, por medio de contrato de prestación de servicios, garantizando su afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral y una remuneración equivalente a la de cargos desempeñados por***

---

8 Audiencia de pruebas del 15 de julio de 2021, a minuto 06:38 en adelante respecto del testigo Álvaro José Hernández Dinas y 1:16:05 respecto de la señora Klayre Kateryne Pérez Gómez, encontrados en la videograbación agregada en el expediente electrónico.

9 Ver folios 142 a 168 del "Cuaderno 1"

*profesionales similares en la misma institución. Se deberán constituir pólizas para el aseguramiento de riesgos a que haya lugar.*

*En cumplimiento de la Ley 1164 de 2007, en ningún caso los profesionales podrán ser vinculados a través de terceras personas jurídicas o naturales. Para el caso de las zonas con poblaciones deprimidas urbanas y rurales o de difícil acceso a los servicios de salud, las instituciones establecerán incentivos para los profesionales de la salud que ocupen dichas plazas, tales como, bonificaciones, primas, pago de transporte aéreo, marítimo, fluvial o terrestre, subvención del alojamiento y alimentación, entre otros."*

Es por ésta razón que tal como en el acápite anterior se precisó, la Corte Constitucional ha considerado que durante el SSO pueden presentarse los elementos constitutivos del contrato de trabajo, siempre y cuando se cumplan los requisitos contemplados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por la ley 50 de 1990, acá ya analizados, sin que ello obste para que el personal de la salud que presta el dicho servicio pueda vincularse bajo cualquier modalidad de contratación como lo indica el artículo acabado de reseñar.

El hecho de que la misma ley autorice que el servicio social obligatorio pueda ser prestado por aspirantes a médicos vinculados mediante cualquier modalidad de contratación, esto es, contrato de prestación de servicios o contrato de trabajo, ello no es óbice para que aun cuando se escoja una modalidad de contrato de prestación de servicios, no obstante la denominación que se le dé al acuerdo de voluntades, se presenten los elementos del contrato de trabajo y las consecuencias jurídicas y prestaciones que ello apareja.

En tal dirección y para probar la aludida subordinación las deponentes de este proceso manifestaron que DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ no se podía ausentar de su trabajo sin permiso previo por parte de gerencia del Hospital, como atrás se reseñó, por la poca disponibilidad de médicos que había en la ESE y la demanda continua de servicios de salud.

El testigo JOSÉ ALBERTO VILLA GUTIÉRREZ manifestó conocer de los turnos que la demandante debía cumplir, al ser amigos y vecinos durante el año en que esta desempeñó el "rural" y por demás, porque la veía salir todos los días con dirección al Hospital a cumplir con el horario, e incluso adujo que, en una oportunidad, esta lo atendió por consulta por urgencia en dicha entidad. Sobre los turnos, expresó que estos eran de 24 horas y posteriormente, debían quedar en disponibilidad al siguiente día, teniendo que asistir al hospital cuando se le necesitara, circunstancias que adujo presenció en varias oportunidades, adicional a las consultas de pacientes.<sup>10</sup>

Respecto del testimonio rendido por la señora KLAYRE KATERYNE PÉREZ GÓMEZ compañera de trabajo como auxiliar de enfermería en el servicio de urgencias, en su versión que coincide con la del anterior testigo, pero refirió sobre hechos que percibió constantemente por haber laborado en la institución demandada, refirió que la demandante, como todos los demás, cumplía un cuadro de turnos con un horario de 12 o algunas veces de 24 horas en urgencias, y consulta externa 8 horas, los cuales eran asignadas por un tiempo por el coordinador médico y, posteriormente estos eran hechos por la gerente, a quien se refirió con el nombre

---

<sup>10</sup> Minuto 58:50 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

de la “Dra. Mónica”, quien hacía directamente los cuadros de turnos.<sup>11</sup> Este testimonio por cierto es bastante conteste con la documental que obra en el expediente hasta en el aspecto de quien firmaba la programación de turnos.

Indicó que todos debían “*rendirle cuentas*” a la gerente del Hospital, explicando que “normalmente cada vez teníamos reuniones y ahí nos citaban a todos, donde evaluábamos y mirábamos lo que se hacía en el mes”, siendo el jefe inmediato de la demandante y de los demás la misma Gerente.<sup>12</sup>

Sobre si la demandante alguna vez tuvo que ausentarse o no ir a trabajar, adujo que no conoció sobre ello, solo se ausentaba cuando esta tuviera libre y viajaba a su domicilio en otra ciudad, dependiendo de los dispuesto en el cuadro de turnos y, si en algún momento esta debía cambiar turnos con alguien, debían de autorizarse previamente con quien hacía el cuadro de turnos, que en ese tiempo era por gerencia.<sup>13</sup>

Afirmó que la demandante recibía ordenes constantes y permanentes, tales como “*órdenes de servicio para dónde tenían que ir en brigadas*” las cuales no siempre se encontraban directamente en el cuadro de turnos.<sup>14</sup>

La versión de esta testigo resulta convincente, coherente y coincidente con otros relatos recibidos, y con lo que se describió como obligaciones contenidas en el contrato de la actora.

Por su parte, el testigo ÁLVARO JOSÉ HERNÁNDEZ DINAS, quien era el compañero de servicio social obligatorio en el Hospital para el año 2016, refirió sobre las labores desempeñadas que “*bajo indicaciones que nos dieron, hacíamos consulta alrededor de tres veces por semana y dos o tres turnos de urgencias de 24 horas, éramos cuatro médicos de SSO, no había ninguno fijo. Eran cuatro plazas en el Hospital y una plaza en el corregimiento que tiene el pueblo, esa quinta plaza del corregimiento nunca se ocupó, así que hicimos el servicio médico los cuatro médicos del Hospital.*”<sup>15</sup>.

Arguyó sobre los cuadros de turnos y horario a cumplir que “*Los turnos nos los asignaba el coordinador médico que había designado la gerencia, era un compañero que había comenzado tres meses antes en noviembre del 2015. Cuando nosotros llegamos ya había un cuadro de turnos, nos dijeron usted va a llegar a este cuadro, usted tiene tal asignación, hace consulta tales días, la consulta es de tal hora a tal hora, que se hacía de martes a sábado desde las 7:30 de la mañana hasta el mediodía y de 2:00 a 5:00 o 5:30. La asignación de pacientes la hacía el Hospital directamente, no teníamos pacientes particulares, hacíamos tal cual disponían en la agenda. Teníamos que cumplir con la agenda estipulada*”, además adujo que “*En el servicio de urgencias, recibíamos a las 7 de la mañana, tenían que ir los cuatro médicos a conocer del servicio, el que estuvo de turno, pues entrega a los otros tres y se quedaba alguno de turno, siempre había otro médico disponible para poder hacer las remisiones cuando había que enviar un paciente de manera urgente en ambulancia, ese médico tenía que estar disponible las 24 horas*”<sup>16</sup>.

---

11 Minuto 1:19:10 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

12 Minuto 1:21:25 y 1:26:20. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

13 Minuto 1:22:25 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

14 Minuto 1:27:10 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

15 Minuto 11:06 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

16 Minuto 11:40 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

Aseguró sobre el cuadro específico de turnos, que este era impuesto desde antes de iniciar el mes y, que debía ser cumplido a cabalidad por la demandante.<sup>17</sup>

Sobre la remuneración o salario percibido, dijo *“Teníamos un salario fijo, independiente del número de horas que se hicieran, sin reconocimiento de recargos festivos, nocturnos, ningún tipo de recargo.”*<sup>18</sup>.

En tanto a si la demandante haya requerido algún permiso para ausentarse o no cumplir con el horario que le era asignado, contestó que *“no puntualmente como tal no, muchas veces solicitamos en alguna oportunidad en alguna festividad o algo por el estilo, del pueblo o del Hospital, ya directamente la Gerente Mónica Morales, que fue la que estuvo pues prácticamente la mayor parte del año, le solicitábamos si podría cubrirse alguna de nuestras funciones con un médico que ella tenía contratado, un médico de ya larga data que lo conocía hace mucho rato, si íbamos a celebrar un cumpleaños que quisiéramos ir todos, se le pedía permiso a ella, si ella podía cubrir con ese médico lo cubriría y si no, pues se tenía que quedar el que tuviera el turno, pero todo era directamente con ella”*<sup>19</sup>.

En cuanto a quien debía rendir cuentas o informes de la gestión a alguien en concreto, refirió que principalmente a través de la secretaria de gerencia o por gerencia directamente, respecto a los horarios, a permisos, a actividades o tiempos que se requerían programar, se le pedía permiso todo tenía que ser con autorización previa de la gerencia.<sup>20</sup> Y sobre la supervisión en los temas médicos/científico la persona encargada de dichos procedimientos era el coordinador médico asignado por la gerencia, a quien se refirió como el Dr. Juan Camilo.

Finalmente, sobre quien era el jefe inmediato, es decir, bajo quien estaba subordinada la demandante indica que era la Gerente, de quien recibía órdenes para funcionar todo lo relacionado con el Hospital, como las horas en que se tenía que hacer la consulta o si había programado consultas extras, si tenían que ir a hacer determinada función no se podía dejar el consultorio vacío, las cuales no siempre coincidían con lo estipulado en el cuadro de turnos, a razón de que se daban para suplir o ajustar las necesidades de la gerente en algunos otros puestos de quienes no podían cumplir, generalmente de los “ruralitos”, quienes explicó que eran los médicos en el último año de práctica de la universidad.<sup>21</sup>

En este punto es preciso hacer referencia a la tacha que hiciera la parte demandada del testimonio del médico ÁLVARO JOSÉ HERNÁNDEZ DINAS, por haber sido compañero de SSO en la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO y, por haber promovido en contra de la misma entidad hospitalaria demanda de nulidad y restablecimiento del derecho derivado de los mismos hechos bajo estudio

Sobre la tacha por imparcialidad que se realiza contra un testimonio, tanto la Corte Constitucional como Corte Suprema y el Consejo de Estado han sido coincidentes en decir que la sola circunstancia de que los testigos se consideren imparciales por encontrarse en circunstancias que puedan afectar su credibilidad en razón de

---

17 Minuto 24:30 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

18 Minuto 13:15 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

19 Minuto 15:54 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

20 Minuto 15:15 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

21 Minuto 27:45 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021.

parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad y que por ello "*(...) la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres*".<sup>22</sup>

Pues bien, este servidor judicial encuentra coincidentes el dicho del Dr. Hernández con las demás exposiciones testimoniales: el primero de ellos con relación de amistad que sostenía con la demandante, adujo con seguridad que conoció de las turnos y horarios de 24 horas que esta debía cumplir como médica en servicio rural del Hospital del municipio, aseguró que presenció cómo en varias oportunidades, a pesar de estar descansando, debía tener la disponibilidad para en cualquier momento presentarse en la sede hospitalaria, de ser necesitada con urgencia. Circunstancias que coinciden plenamente con lo encontrado en las planillas de cuadro de turnos obrantes en el expediente, así como con todo lo dicho por los demás testigos analizados en esta sentencia, de allí que se pueda asignar credibilidad a lo expuesto por el galeno compañero, pues es claro que conoció de primera mano, la forma como se ejecutaron los servicios por parte de la demandante durante el año 2016. Y de su relato no se puede inferir que quisiera torcer la verdad.

De la misma manera se concluye, sobre lo afirmado por la señora KLAYRE KATERYNE PÉREZ GÓMEZ quien además de fungir como auxiliar de enfermería en el servicio de urgencias, conoció de los turnos, horarios, funciones y órdenes por ser compañera de trabajo, sabía porque recibía órdenes para la ejecución de sus labores en el hospital, vivenció contractualmente una situación de similares condiciones a las que por este proceso se busca declarar, trabajando bajo la misma modalidad de prestación de servicios, tuvo varios jefe directos, como la enfermera jefe y principalmente la gerente, de quienes recibía órdenes directas. Adicionalmente atestiguó sin dubitación, e informó quien configuraba los cuadros de turnos y que estos eran de obligatorio cumplimiento para la actora, pues en el caso de que estos fueran incumplidos, era la gerente quien debía "*tomar cartas en el asunto*" siendo esta misma la que, precisamente, determinaba el precitado cuadro. Coincide igualmente lo dicho por Pérez Gómez en relación con los demás testigos en cuanto a los horarios de los médicos, teniendo que cumplir con 24 horas y algunas veces de 12 horas urgencias.

Entonces, frente a las declaraciones rendidas por el médico ÁLVARO JOSÉ HERNÁNDEZ DINAS, además de mostrarse seguro, con conocimiento pleno y poco dubitativo sobre los hechos que llaman la atención de este juzgado, quien con absoluto conocimiento de causa le constaba cuáles eran sus turnos de trabajo, horarios, descansos y órdenes recibidas, sin que en su testimonio se avizore, se repite, algún grado de mentira o falsedad, más aún cuando la información brindada con su testimonio es coherente y concordante con las demás versiones analizadas y con las pruebas documentales obrantes en el dossier, de allí entonces que no sea falta a la verdad su relato, y por el contrario, se entienda creíble lo consignado por él.

De otro lado, la testigo JULIALBA MONTOYA CHICA enfermera jefe del Hospital, sobre la forma de prestarse los servicios, expuso entre otras cosas que el horario e

---

22 0 Ver sentencia C 790 de 2006 de la Corte Constitucional M.P ÁLVARO TAFUR GALVIS, Sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC18595-2016 del 23/11/2016 Radicado: 73001-31-10-002-2009- 00427-01 M.P Ariel Salazar Ramírez y Sentencia del 3 de agosto de 2017 (37934) M.P Ramiro Pazos Guerrero

intensidad en la semana que cumplía era de acuerdo a lo dispuesto en el cuadro de turnos el cual era dispuesto por ellos mismos dependiendo de la facilidad que tuvieran por vivir lejos de la institución o para cuando estos tuvieran que ir a su lugar de residencia. Que, si alguno de estos médicos tenía que ausentarse o no cumplir con alguno de los turnos, debía alguno de los demás cubrirlos, que en la elaboración de estos turnos **no intervenía en ningún momento la gerencia del hospital**.<sup>23</sup>

Respecto a la interacción con la gerente de la entidad, expuso que había una relación en la que se le ponía al tanto de las funciones que estaban obligados, presentando informes sobre el cumplimiento de sus funciones. Dijo que entre los mismos profesionales del SSO ejercían la coordinación médica.

Indicó que las labores por estos desempeñadas eran resumidamente, consulta externa a los usuarios, atendiendo urgencias y si era necesario la hospitalización seguían con su atención, también atención de partos, los cuales relató, ejercía con total autonomía e independencia.

Expresó que estos médicos **no** tenían jefe inmediato, **que estos disponían de sus propios turnos**, sin embargo, que era normal que en ciertas situaciones o circunstancias debían informarle directamente a la gerente.

Para el juzgado, la versión de esta testigo no parece muy convincente, y hay que analizarla tamizándola por su condición de actual funcionaria de la entidad, y por ende subordinada laboralmente.

Pues bien, efectivamente su dicho se presenta totalmente contrario a las demás versiones testimoniales analizadas. Efectivamente cuando narra que la coordinación la asumían los propios médicos del servicio social obligatorio, resulta contrapuesta no solo a los otros relatos sino a las conclusiones que se pueden inferir de las obligaciones contenidas y detalladas en la cláusula segunda del contrato numerales 2.1.2, 2.1.9, 2.1.16 2.1.18 que se transcribieran antes en esta providencia.

Mírense por ejemplo que los documentos allegados con la demanda (página 50 del PDF cuaderno uno) dan cuenta que los horarios del servicio que prestaba la actora le fueron asignados por la propia gerente del hospital, y la interventoría del contrato que era ejercida aparentemente por un coordinador médico, con el que no se podían determinar los turnos y horarios. Pues realmente quien tenía tales funciones, primeramente, era dicho supervisor el que ejercía las labores bajo las disposiciones de la señora gerente; los documentos posteriores a la página 50 muestran que los horarios los disponía la gerencia del ente, que los turnos eran asignados y no coordinados, e inclusive modificados, como se observa a folios 47 y 48 del expediente físico (51 del PDF).

Téngase en cuenta también las obligaciones contenidas en el numeral 2.1.4 que imponía el deber de asistir a diferentes actividades académicas y administrativas del hospital y a cada uno de los servicios con el propósito de coordinar la adecuada prestación de los servicios a los pacientes, y en el plenario también obran actas que demuestran que efectivamente tal tipo de reuniones existieron.

Y es que ese cumplimiento de horarios que refieren los testigos no puede entenderse como un accionar libre ni autónomo e independiente de la demandante,

---

23 Minuto 1:34:30 en adelante. Audiencia de pruebas 14 de julio de 2021

pues el horario de atención a los pacientes no lo podían disponer los propios médicos del SSO como quieren hacerlo ver el hospital ahora demandado, y la testigo Montoya. Es que siendo la demandada una institución abierta al público, tenía el ineludible compromiso de fijar un horario de atención a los usuarios, y ello solo es posible cumplirlo, teniendo a su servicio personal como el contratado, pero sujetándolo a ese horario, de manera que mal puede aceptarse que los médicos del SSO pudieran, bajo su autonomía e independencia determinar en cuáles horarios cumplirían sus tareas para con el hospital.

Y ni que se diga de los lugares o servicios donde debían cumplirse las actividades encargadas a la demandante. Tampoco es creíble que los médicos del servicio social obligatorio tenían la autonomía de disponer si sus tareas las realizaban en el servicio de urgencias, en consulta externa, atendiendo partos, en el centro de salud de Samaria, o en las demás dependencias del hospital. Tal autonomía resulta inverosímil, de cara a las condiciones administrativas que el mismo hospital demandado muestra en este expediente:

En tal sentido se observa que la planta de cargos de la entidad estaba conformada según prueba allegada al expediente así:

CÓDIGO	NOMBRE	NUMERO DE CARGOS
085	GERENTE EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO	1
243	ENFERMERO	1
237	PROFESIONAL UNIVERSITARIA AREA SALUD	1
323	TECNICO AREA EN SALUD	1
412	AUXILIAR AREA DE SALUD	6

En efecto, siendo la razón de ser de la institución, la prestación de servicios de salud a la población local, mal puede entenderse que la planta de personal del hospital no cuente con médicos para atender todos los servicios, y que los que pueden contratar, todos, simplemente gocen de total autonomía e independencia para fijarse sus pautas de trabajo.

Esa autonomía tan solo se podrá predicar con respecto a la forma como llevan a cabo su quehacer profesional, qué tratamientos disponen para sus pacientes, cómo se adelanta la atención de la salud, pero aparece demostrado no solo testimonialmente como ya se advirtió, que dicha autonomía no se irradia hacia la determinación de los lugares donde deba prestarse el servicio, las horas que se atiende al público, las herramientas y equipos de trabajo con las que contarán para cumplir con sus obligaciones, la asignación de citas a pacientes y la disposición del personal con el cual atender a los usuarios entre otros muchos aspectos, que son temas que escapan en realidad de verdad a la autonomía e independencia de la demandante y en general de los médicos del servicio social obligatorio de la ESE San Bernardo de Filadelfia.

De ello se advierte que, si bien la planta creada sí contempla un cargo de profesional universitario, no tiene el número que realmente necesita para cubrir los servicios hospitalarios. Y no es que se trate en este caso del año 2016, de un incremento inusitado de la demanda de servicios, para que se requiriera una contratación extraordinaria, pues realmente se observa que los médicos contratados inclusive son destinados a cubrir tareas propias y esenciales del objeto misional de la

empresa social del estado, tales como atender los servicios de consulta externa, urgencias, partos y en general las diferentes áreas y dependencias del hospital.

La obligación contenida en el numeral 2.1.17 del contrato da buena cuenta de una regla que lejos de permitir deducir una actividad de coordinación o de autonomía para el ejercicio de las tareas contratadas, en tanto expresamente advierte una sujeción a quien ejercía las actividades de interventoría. Con tal “Interventoría” se pretende esconder el verdadero accionar de un superior que controla, vigila y verifica la prestación del servicio, el cumplimiento de los horarios y la realización de tareas asignadas, así como la permanencia de la actora en los servicios y lugares que se disponían por el hospital.

Así las cosas, para este funcionario, el mismo contrato estipula que el contratista antes que ejercer sus actividades con autonomía e independencia, lo hacía con total subordinación a un denominado supervisor que cumplía tareas que a la sazón terminaron siendo asumidas por la misma gerente de la entidad.

Entonces, el hecho que la demandante cumpliera horarios estrictos de trabajo, esto es, que no era de su resorte y mera liberalidad cumplirlos en horarios flexibles y determinados a su arbitrio, y tampoco concertados, sino que eran según los acá deponentes, obligatoriamente de 24 horas en urgencia y 8 horas en consulta externa repartidos en la semana, y siempre iniciando a las 7:00 A.M. indican de manera irrefutable que la relación que había entre la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO de Filadelfia Caldas y DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ era de subordinación, por ende enteramente de carácter laboral y no contractual de prestación de servicios como se le denominó por la entidad empleadora.

Todo lo expuesto conlleva a que en aplicación de los postulados de rango Constitucional que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, remuneración mínima, vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, como aspectos de protección especial del derecho al trabajo que consagra la Constitución en sus artículos 25 y 53, se declare la existencia de una verdadera relación laboral entre el 23 de enero y el 07 de noviembre de 2016, por exoneración del tiempo que hacía falta según lo estipulado por contrato, hasta el 31 de diciembre de 2016.

Ahora bien, tal relación laboral no se desconfigura por las razones expuestas por el demandado, cuando afirma que en la planta de personal de la ESE no existían los cargos de médicos creados, pues con dicho actuar le bastaría a cualquier empleador con excluir de sus plantas de cargos las más básicas tareas de su quehacer misional, para justificar que sus servidores quedan desligados de una relación de naturaleza laboral y con ello burlar sus derechos laborales.

Tampoco resulta suficiente alegar que la médica conocía de antemano que la relación se regiría por un vínculo contractual de prestación de servicios, porque justamente la norma protectora de los derechos laborales lo que pretende es que con independencia de la denominación que se dé a la forma de vinculación, lo que se impone es la realidad de lo ejecutado a lo largo de la relación.

La buena o mala fe que se predique de parte de la demandante sobre la forma de inicio de su vínculo con el hospital no es útil para desvirtuar la existencia de una relación laboral, porque ella se configura no por la denominación del contrato que pacten las partes, sino por el diario transcurrir de esa relación, y como quedó visto,

tal relación se desarrolló bajo las circunstancias propias de una relación laboral de subordinación y dependencia de la actora para con la accionada.

Y no entiende este juzgador que la no prestación del servicio por parte de la demandante durante 16 días del mes de octubre de 2016 hubiere sido por la adopción de una decisión propia de la independencia de la galena, pues como precisamente lo indica el apoderado del nosocomio en las alegaciones conclusivas, ello fue un acto de rebeldía, es decir, no de autonomía. Es que la rebeldía se predica y aplica justamente frente a quien subordina o ejerce autoridad.

Y si bien las consecuencias de la insubordinación no fueron de carácter disciplinario, porque el hospital no lo quiso así, sí se generaron consecuencias patrimoniales al descontarle de su mensualidad los días no laborados, como aparece demostrado en el acta de liquidación parcial del mes de octubre de 2016.

Tal descuento que no se hubiera presentado si la médica fuera autónoma, caso en el cual se hubiere podido verificar el cumplimiento total de tareas en el mes y no de los horarios y días de trabajo. Las siguientes son las precisiones que se hicieron en dicha acta:

	SI	NO
Ejecutó las actividades asignadas de acuerdo a los requerimientos del paciente y/o del supervisor en términos de contenidos, oportunidad y calidad		X
La contratista al momento presenta certificación de Soporte Vital Básico (SVB)	X	
Cumplió con la asistencia a los turnos según programación		X

Este informe se genera para habilitar el pago por parte de la entidad contratante, el pago de los honorarios del mes de octubre 2016 por la suma de \$1.623.336.00; el valor pagado hace referencia a que la médica servicio social obligatorio DEISY KATHERINE LIZCANO GONZALEZ presento incumplimiento del objeto contractual y no se presentó a cumplir con las actividades contratadas del día 01 de octubre al 17 de octubre de 2016; de lo cual la oficina de control interno, el área de asignación de citas y el área de información y atención al usuario dejan constancia por escrito.

Finalmente, de las conductas procesales asumidas por las partes, no se deducen indicios que influyan en las conclusiones probatorias hasta ahora advertidas.

Todo lo expuesto conlleva a que, en aplicación de los postulados Constitucionales que garantizan la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrados en sus artículos 25 y 53, se declare la existencia de una relación laboral iniciada el veintitrés (23) enero de dos mil dieciséis (2016) y hasta el siete (07) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

En consecuencia, se declarará la nulidad del acto administrativo acusado, toda vez que el despacho considera que el ejercicio desempeñado por la accionante al servicio de la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA, se efectuó en el marco de una relación laboral, y se ordenará en favor de la demandante, el reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas en las pretensiones de la demanda, con las siguientes precisiones:

Para todos los efectos se tendrá como tiempo de servicios prestados, el comprendido desde el día 23 de enero de 2016 hasta el 7 de noviembre de 2016, y se descontarán los 16 días de octubre en los que por la ausencia de la profesional a prestar sus servicios no le fue cancelada la retribución pactada. Así las cosas, el tiempo a tener en cuenta para las liquidaciones respectivas tendrá en cuenta de 8

días en enero, los 8 meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto y septiembre, 14 días de octubre y 7 días de noviembre, lo cual arroja un total de 269 días. De ellos hay que tener en cuenta que los meses laborados en completitud fueron de febrero a septiembre, pues enero, octubre y noviembre apenas fueron parciales.

#### 4.2 RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Como consecuencia de la nulidad del acto demandado, será menester pronunciarse sobre los derechos que deban restablecerse a la actora.

Así entonces, se recuerda textualmente lo solicitado, de la siguiente forma:

- A) El pago de las cesantías que se produjeron durante el tiempo de la relación laboral.*
- B) El valor correspondiente al pago de intereses a las cesantías.*
- C) Con respecto al valor correspondiente al pago por concepto de la no consignación de las cesantías al fondo escogido por el trabajador.**
- D) El valor correspondiente al pago de las primas.*
- E) El valor correspondiente al pago de las vacaciones.*
- F) Reintegro de todas las deducciones y retenciones en la fuente durante todo el tiempo de vinculación a la entidad.**
- G) El valor de los aportes al sistema de seguridad social tanto en pensión como **en salud.***
- H) El valor correspondiente al pago de horas extras diurnas.**
- I) El valor correspondiente al pago de horas extras nocturnas.**
- J) El valor correspondiente al pago de trabajo nocturno.*
- K) El valor correspondiente al pago de dominicales.*
- L) El valor correspondiente al pago de festivos.”*

En tanto a los conceptos resaltados, considera este despacho judicial que no son procedentes y, por tanto, serán negadas tales pretensiones, bajo las consideraciones que se pasan a exponer:

##### 4.2.1 Sanción moratoria (C)

Pretende la parte actora que se reconozca y pague “*Con respecto al valor correspondiente al pago por concepto de la no consignación de las cesantías al fondo escogido por el trabajador*”, para el momento de la vinculación que sostuvo con la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA durante el año 2016.

Pretensión que no prosperará, teniendo en cuenta que es apenas con esta sentencia judicial que se ha logrado la declaración del contrato realidad y, por ende, la constitución de los derechos prestacionales derivados de una verdadera relación laboral con todos los efectos que este conlleva, tales como las propias cesantías inherentes, las que antes de esta providencia no existían, por lo que no puede considerarse estar en mora del pago de un concepto que solo hasta este momento se ha establecido en cabeza de la demandante.

En ese sentido, el Consejo de Estado precisó:

*“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la*

*existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio. En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas.”<sup>24</sup>*

Bajo tales consideraciones, la pretensión de pago por concepto de la no consignación de las cesantías al fondo escogido por la trabajadora o sanción moratoria, se negará por improcedente.

#### **4.2.2 De la devolución de los dineros pagados por concepto de retención en la fuente (F)**

Sobre este tema, la sección segunda del Consejo de Estado tiene una clara postura explicada en la sentencia del 13 de mayo de 2015 con ponencia del consejero Dr. Antonio José Gómez, dentro del proceso radicado 68001-23-31-000-2009-00636-01, así:

*"De otro lado, contrario a lo manifestado por el A quo, no hay lugar a ordenar la devolución de los descuentos realizados al actor por concepto de retención en la fuente, pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica per se la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato"*

Posteriormente, en sentencia del 27 de abril de 2016 también de la sección segunda del consejo de estado con ponencia del magistrado William Hernández, dentro de la actuación radicada 68001-23-31-000-2010-00090-01, señaló:

*"(...) este es el cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales — DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el subjuicio no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión”.*

---

24 Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 6 de octubre de 2016, Radicado: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13) M.P Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Conforme a lo anterior, se advierte que no es este medio de control el escenario para solicitar la devolución de lo pagado por concepto de retención en la fuente, en primer lugar por cuanto dicho asunto es ajeno al juicio que corresponde realizar en el ámbito de las reclamaciones laborales, y en segundo término, debido a que tal trámite debería adelantarse eventualmente ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN entidad que no fue vinculada a este proceso, lo que de contera impide efectuar un pronunciamiento sobre el asunto.

#### **4.2.3 De las horas extras o suplementarias diarias y nocturnas (H- I)**

Sobre este concepto laboral, el Consejo de Estado, en providencia reciente cuya litis se contrae al reconocimiento de horas extras para el personal médico del servicio social obligatorio, aplicó los siguientes parámetros

*“a) El empleo deberá pertenecer al **nivel operativo, hasta el grado 17 del nivel administrativo y hasta el grado 09 del nivel técnico.***

*b) El trabajo suplementario deberá ser autorizado previamente, mediante comunicación escrita en la cual se especifiquen las actividades que hayan de desarrollarse.*

*c) El reconocimiento del tiempo de trabajo suplementario se hará por resolución motivada y se liquidará con un recargo del 25% o del 75 % sobre la remuneración básica fijada por la ley para el respectivo empleo, según se trate de horas extras diurnas o nocturnas. Los incrementos de salario a que se refieren los artículos 49 y 97 del citado Decreto 1042 se tendrán en cuenta para liquidar las horas extras.*

*d) En ningún caso podrán pagarse más de 50 horas extras mensuales.*

*e) Si el tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria superare dicha cantidad, el excedente se reconocerá en tiempo compensatorio, a razón de un día hábil por cada 8 horas extras de trabajo”.<sup>25</sup>*

Precisa el juzgado que los criterios de reconocimiento de las horas extras previamente decantados, son los que aplicará en el sub júdece.

Como el demandante cumplía tareas propias del nivel profesional, no es admisible el reconocimiento de horas extras al tenor de lo dispuesto por la norma que restringe esa posibilidad a los niveles indicados.

En efecto, la demandante cumplía con su servicio social obligatorio como médica, lo cual descarta la posibilidad de encuadrar su cargo en cualquiera de los niveles administrativo, técnico u operativo.

#### **4.4 DEL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO PROCEDENTE**

Por último, se analizarán los conceptos que sí se encuentran procedentes, para lo cual al decretarse la nulidad del acto administrativo del 22 de marzo de 2018 con “Ref: Respuesta solicitud”, la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA deberá reconocer y cancelar en favor de la señora DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ, teniendo como base proporcional los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, los siguientes conceptos: auxilio de cesantías y sus intereses, primas, vacaciones, recargos por trabajo nocturno y dominical, así como

---

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub Sección B, sentencia de 18 de julio de 2019, expediente 13001-23-31-000-2001-01794-01 (1701-13) C.P. César Palomino Cortés.

el valor de los aportes al sistema de seguridad social en pensión, entre las demás que una ESE del mismo nivel territorial reconozca a los empleados públicos que laboren a su servicio.

Adviértase de una vez que las sumas liquidadas serán ajustadas con sujeción a la siguiente fórmula, para efectos de la indexación:

$$VP = VH \frac{\text{Ind. F.}}{\text{Ind. I.}}$$

Donde VP = Suma actualizada

VH = Suma a actualizar

Ind. F. = Índice de precios al consumidor vigente a la fecha de la sentencia.

Ind. I. = Índice de precios al consumidor vigente en cada uno de los meses en los que se causa el derecho.

#### **4.4.1 Liquidación de trabajo con recargos nocturnos**

Teniendo de presente que, las horas extras diurnas y nocturnas, fueron negadas por las razones expuestas en el acápite 4.2.3 de esta providencia, sobre los demás emolumentos comprendidos dentro del género de trabajo suplementario y con recargo, tales como el trabajo ordinario o habitual nocturno y en días dominicales y festivos, este juzgado comprende que sí se han causado, y al no haber norma que impida su declaración, se pasará a definir cómo deberán ser liquidados y pagados por la entidad demandada, conforme al siguiente cuadro en el que se señala mes a mes de 2016, la cantidad de horas trabajadas en cada turno, teniendo en cuenta que aquellos de 24 horas diarias implican que la médica laboró 12 horas nocturnas y por lo tanto se contabilizarán como 12 horas cada vez que tuvo el turno de urgencias.

##### **4.4.1.1 Trabajo ordinario nocturno**

La demandante solicita con la demanda “*El valor correspondiente al pago de trabajo nocturno*”, sobre este rubro el Decreto Ley 1042 de 1978 determina:

*“ARTÍCULO 34. De la jornada ordinaria nocturna. Se entiende por jornada ordinaria nocturna la que de manera habitual empieza y termina entre las 6 p.m. y las 6 a.m., del día siguiente.*

*Sin perjuicio de los que dispongan normas especiales para quienes trabajan por el sistema de turnos, los empleados que ordinaria o permanentemente deban trabajar en jornada nocturna tendrán derecho a recibir un recargo del treinta y cinco por ciento sobre el valor de la asignación mensual.”*

Teniendo en cuenta que la actora devengaba mensualmente \$3'246.672, su hora diaria ordinaria laboral tenía un valor de \$13.528, monto al que se agregan \$4.735 por cada hora nocturna, ya que el recargo nocturno es del 35%.

DÍAS	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE
1			8			24					24
2		8	8					8			
3		8	24					8			8
4		8			24			8			24
5		24		24			8	24			
6							8		24		24
7							24				
8			24	8					8		
9		24				24					
10				24	8			24	24		
11			8		8						
12		8	24		8		24	8	24		
13		24			24						
14			24	24	8	24			8		
15		24									
16				8			24	8	8		
17			8		24	8		8			
18		8	24			24	24	24			
19		24	8	8							8
20		8		8	8	24		8	8		
21				24	24		24		24	8	
22			8			8				8	
23		8	24		24		8		8		
24	24	24				12		24			
25					24	8			24		
26	8			8						24	
27	8		24	8			24	24	8		
28	8	24		8		24				8	
29	24		8	24					24		
30						24		24		24	
31	24		24	8	24						
Horas Laboradas mes	96	224	248	184	208	204	168	192	200	80	80
Horas noche	36	84	96	80	84	84	72	72	72	24	36
V/r hora diurna \$13.528 + recargo \$4.735	\$170.480,00	\$307.740,00	\$454.560,00	\$284.100,00	\$397.740,00	\$397.740,00	\$340.920,00	\$340.920,00	\$340.920,00	\$113.640,00	\$170.460,00

Primeros 17 días no trabajó según acta parcial de interventoría y de los testimonios e interrogatorio rendido

Ahora, en el cuadro se reflejan las horas totales trabajadas mes a mes y de ellas se contemplan según se dijo, la cantidad de horas nocturnas mensuales, las cuales ellas se pagan con recargo nocturno. En total fueron 720 horas nocturnas a las que les corresponde un total de tres millones cuatrocientos nueve mil doscientos pesos m-cte **(\$3.409.200)**

Se excluyen los tiempos que en tales turnos se indican como disponibilidad, pues no está demostrado en el proceso que durante esas fechas efectivamente se hubieren requerido los servicios de la actora.

#### 4.4.1.2 Trabajo habitual en domingos y festivos

Cuando el trabajo en los días dominicales o festivos, es habitual y permanente, se tiene derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de compensatorio, sin tener en cuenta la clasificación, ni el nivel jerárquico del empleo y sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo; es decir, que a dicho reconocimiento y pago tendrán derecho quienes laboren permanentemente los dominicales y festivos, independiente del nivel jerárquico al que pertenezcan.

Es así como se encuentran definidos en el Decreto Ley 1042 de 1978, que en su artículo 39 reza:

**“ARTÍCULO 39.** *Del trabajo ordinario en días dominicales y festivos. Sin perjuicio de lo que dispongan normas especiales respecto de quienes presten servicio por el sistema de turnos, los empleados públicos que en razón de la naturaleza de su trabajo deban laborar habitual y permanentemente los días dominicales o festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso*

*compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el funcionario por haber laborado el mes completo.”*

Según el cuadro, la actora laboró 8 domingos (resaltados con color rosa o salmón). Como ese trabajo dominical es habitual debe ser remunerado según se vio, y por ello a la demandante se le adeudan el equivalente a 16 días de salario que suman **un millón setecientos treinta y un mil quinientos cincuenta y ocho pesos (\$1 731.558)**.

En tanto a la pretensión de *“El valor correspondiente al pago de festivos”*, de los cuadros de turnos obrantes en el expediente (fls. 36-46), confrontados con el cuadro de realización del juzgado anexo a esta providencia, no se observa que la demandante haya laborado en días festivos, por lo que no hay lugar a acceder a tal pretensión

#### **4.4.2 De la bonificación por servicios prestados**

Al decretarse con esta providencia la nulidad del acto que negó la existencia de una relación laboral entre las partes en el año 2016, encuentra reunidas las condiciones para que, se ordene el reconocimiento y pago de esta bonificación, que corresponde a conceptos que los servidores de la ESE demandada devengan como empleados públicos siendo además un factor relevante para la liquidación de las demás prestaciones que se concretarán más adelante.

De este modo, se tiene que el Decreto 2418 de 2015 creó o mejor, hizo extensivo este beneficio laboral para los empleados públicos del nivel territorial. Del citado decreto se resaltan los siguientes puntos:

***“ARTÍCULO 1°. Bonificación por servicios prestados para empleados del nivel territorial. A partir del 1° de enero del año 2016, los empleados públicos del nivel territorial actualmente vinculados o que se vinculen a las entidades y organismos de la administración territorial, del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Territorial, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías Territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales y el personal administrativo del sector educación, tendrán derecho a percibir la bonificación por servicios prestados en los términos y condiciones señalados en el presente decreto.***

*La bonificación será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica y los gastos de representación, que correspondan al empleado en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a un millón trescientos noventa y cinco mil seiscientos ocho pesos (\$1.395.608) moneda corriente, este último valor se reajustará anualmente. en el mismo porcentaje que se incremente la asignación básica salarial del nivel nacional.*

***Para los demás empleados, la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los dos factores de salario señalados en el inciso anterior.***

***ARTÍCULO 2°. Reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados se reconocerá y pagará al empleado público cada vez que cumpla un (1) año continuo de labor en una misma entidad pública.***

*(...)*

**ARTÍCULO 4°.** *Pago proporcional de la bonificación por servicios prestados. El empleado que al momento del retiro no haya cumplido el año continuo de servicios, tendrá derecho al reconocimiento y pago en forma proporcional de la bonificación por servicios prestados.*”

Así, el monto a pagar por bonificación de servicios, tomando la asignación básica mensual y el tiempo efectivamente laborado, es la siguiente:

<b>BONIFICACIÓN POR SERVICIOS</b>	
SALARIO MENSUAL	\$3.246.672,00
% BONIFICACIÓN	35%
VALOR %	<b>\$1.136.335,20</b>
<b>DÍAS TRABAJADOS AÑO</b>	
	269
<b>TOTAL BONIFICACIÓN PROPORCIONAL</b>	<b>\$849.095</b>
<b>FACTOR SALARIAL</b>	
VALOR BONIFICACIÓN MENSUAL	\$70.758

#### 4.4.3 Primas de servicios

Sobre la prima de servicios, se resaltan del Decreto Ley 1042 de 1978:

**“ARTÍCULO 58.** *La prima de servicio. Los funcionarios a quienes se aplica el presente Decreto tendrán derecho a una prima de servicio anual equivalente a quince días de remuneración, que se pagará en los primeros quince días del mes de julio de cada año.*

**ARTÍCULO 59.** *De la base para liquidar la prima de servicio. La prima a que se refiere el artículo anterior se liquidará sobre los factores de salario que se determinan a continuación:*

- a) *El sueldo básico fijado por la ley para el respectivo cargo.*
- (...)
- e) *La bonificación por servicios prestados.*

**ARTÍCULO 60.** *Del pago proporcional de la prima de servicio. Cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad tendrá derecho al pago proporcional de la prima, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre.*”

Por sueldo básico se tiene el valor de \$3.246.672 y por bonificación por servicios prestados se tiene en cuenta el valor de una doceava parte \$70.758.

<b>LIQUIDACIÓN PRIMA DE SERVICIOS</b>		
<b>TOTAL DÍAS TRABAJADOS</b>		
23/01/2016	07/11/2016	
MENOS 17 DÍAS NO LABORADOS OCTUBRE		<b>269</b>
MESES COMPLETOS DE LABOR		<b>8</b>

<b>SUMA FACTORES SALARIO</b>	
SALARIO MENSUAL BÁSICO	\$3.246.672
FACTOR BONIFICACIÓN SERVICIOS	\$70.758
TOTAL BASE PARA LIQUIDAR PRIMA DE SERVICIO	\$3.317.430
<b>15 DÍAS DE REMUNERACIÓN</b>	<b>\$1.658.715</b>
<b>FORMULA LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL</b>	
(15 días de remuneración * Meses completos de labor) / 12	
<b>TOTAL PRIMA DE SERVICIOS</b>	<b>\$1.105.810</b>

#### 4.4.4 Vacaciones y prima de vacaciones

Este aspecto se regula en el Decreto 1045 de 1978:

**ARTÍCULO 17.** *De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*  
(...)
- f) *La prima de servicios;*
- g) *La bonificación por servicios prestado.”*

El Consejo de Estado tiene ya decantado que cuando el servidor no tuvo la posibilidad de disfrutar de su tiempo de descanso vacacional se le compensan en dinero. Las vacaciones se regulan en el “Decreto Ley 1045 de 1978.

**ARTÍCULO 8.** *De las vacaciones. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales.*  
(...)

**ARTÍCULO 17.** *De los factores salariales para la liquidación de vacaciones y prima de vacaciones. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas:*

- a) *La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo;*  
(...)
- f) *La prima de servicios;*
- g) *La bonificación por servicios prestado.*  
(...)

**ARTÍCULO 20.** *De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:*

- b) *Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.*

Sobre el pago proporcional de las vacaciones es pertinente tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 995 de 2005:

**ARTÍCULO 1. DEL RECONOCIMIENTO DE VACACIONES EN CASO DE RETIRO DEL SERVICIO O TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.** <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** *exequible*> Los empleados públicos, trabajadores oficiales y trabajadores del sector privado que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se les reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.”

Por lo antepuesto, la liquidación de este valor, será el siguiente:

<b>VACACIONES</b>	
SALARIO MENSUAL BÁSICO	\$3.246.672,00
FACTOR PRIMA DE SERVICIOS	\$92.150,83
FACTOR BONIFICACIÓN SERVICIOS	\$70.757,91
<b>TOTAL BASE PARA LIQUIDAR VACACIONES</b>	<b>\$3.409.580,74</b>
( 15 días salario * Días trabajados) / 360	
15 DÍAS DE SALARIO	\$1.704.790,37
DÍAS TRABAJADOS AÑO	269
<b>TOTAL VALOR VACACIONES</b>	<b>\$1.273.857</b>

Para la prima de vacaciones, el Decreto Ley 1045 de 1978, dispone:

**“ARTÍCULO 25. De la cuantía de la prima de vacaciones.** La prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio.  
(...)

**ARTÍCULO 30.** Del pago de la prima en caso de retiro. Cuando sin haber disfrutado de sus vacaciones un empleado se retirare del organismo al cual estaba vinculado por motivos distintos de destitución o abandono del cargo, tendrá derecho al pago de la correspondiente prima vacacional.”

<b>LIQUIDACIÓN PRIMA VACACIONES</b>		
<b>TOTAL DÍAS TRABAJADOS</b>		
23/01/2016	07/11/2016	
MENOS 17 DÍAS NO LABORADOS OCTUBRE		<b>269</b>
MESES COMPLETOS DE LABOR		8
<b>SUMA FACTORES SALARIO</b>		
SALARIO MENSUAL BÁSICO		\$3.246.672,00
FACTOR PRIMA DE SERVICIOS		\$92.150,83
FACTOR BONIFICACIÓN SERVICIOS MENSUAL		\$70.757,91
<b>TOTAL BASE PARA LIQUIDAR PRIMA VACACIONES</b>		<b>\$3.409.580,74</b>

<b>15 DÍAS DE SALARIO</b>	<b>\$1.704.790,37</b>
<b>FORMULA LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL</b>	
(15 días de salario * Días trabajados) / 360	
<b>TOTAL PRIMA VACACIONES</b>	<b>\$1.273.857</b>

#### 4.4.5 Prima de Navidad

Por otro lado, en el Decreto 1045 de 1978 se define la prima de navidad, así:

**“ARTÍCULO 32.** De la prima de Navidad. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad.

Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecido otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.

**ARTÍCULO 33.** De los factores de salario para liquidar la prima de navidad. Para el reconocimiento y pago de la prima de navidad se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; (...)
- f) La prima de servicios y la de vacaciones;
- g) La bonificación por servicios prestados.”

<b>LIQUIDACIÓN PRIMA NAVIDAD</b>		
<b>TOTAL DÍAS TRABAJADOS</b>		
23/01/2016	07/11/2016	
MENOS 17 DÍAS NO LABORADOS OCTUBRE		<b>269</b>
MESES COMPLETOS DE SERVICIOS		8
<b>SUMA FACTORES SALARIO</b>		
SALARIO MENSUAL		\$3.246.672,00
FACTOR PRIMA DE SERVICIOS		\$92.150,83
FACTOR PRIMA DE VACACIONES		\$106.154,77
FACTOR BONIFICACIÓN SERVICIOS MENSUAL		\$70.757,91
<b>TOTAL BASE PARA LIQUIDAR PRIMA NAVIDAD</b>		<b>\$3.515.735,51</b>
<b>FORMULA LIQUIDACIÓN PROPORCIONAL</b>		
(Un mes de salario * Meses de servicio) / 12		
<b>TOTAL PRIMA NAVIDAD</b>		<b>\$2.343.824</b>

#### 4.4.6 Del auxilio de cesantías y sus correspondientes intereses

Respecto a esta prestación, tenemos que fue solicitada por el demandante como “El pago de las cesantías que se produjeron durante el tiempo de la relación laboral”, así como el “valor correspondiente al pago de intereses a las cesantías”.

Este concepto se encuentra definido y establecido para el sector público en el Decreto Ley 1045 de 1978 y demás leyes concordantes a las que remite, como la Ley 6 de 1945, las que particularmente disponen:

**Decreto Ley 1045 de 1978**

**ARTÍCULO 40.** *Del auxilio de cesantía. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía se sujetará a lo dispuesto en las normas legales o convencionales sobre la materia.*

(...)

**ARTÍCULO 45.** *De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:*

a) *La asignación básica mensual;*

(...)

c) *Los dominicales y feriados;*

(...)

f) *La prima de navidad;*

g) *La bonificación por servicios prestados;*

h) *La prima de servicios;*

(...)

k) *La prima de vacaciones;*

l) *El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;*

Visto el contexto normativo anterior, en el siguiente cuadro se liquidará el auxilio de cesantía y sus intereses, dando como resultado el valor que se debiese haber pagado, una vez dado por terminado el vínculo laboral el 07 de noviembre de 2016.

<b>LIQUIDACIÓN AUXILIO CESANTÍAS E INTERESES</b>		
<b>TOTAL DÍAS TRABAJADOS</b>		
23/01/2016	07/11/2016	
MENOS 17 DÍAS NO LABORADOS OCTUBRE		<b>269</b>
<b>SUMA FACTORES SALARIO</b>		
SALARIO MENSUAL BÁSICO		\$3.246.672,00
FACTOR DOMINICAL		\$144.296,50
FACTOR PRIMA NAVIDAD		\$195.318,64
FACTOR BONIFICACIÓN SERVICIOS		\$70.757,91
FACTOR PRIMA DE SERVICIOS		\$92.150,83
FACTOR PRIMA DE VACACIONES		\$106.154,77
FACTOR RECARGO NOCTURNO		\$284.100,00
<b>TOTAL BASE PARA LIQUIDAR CESANTÍAS</b>		<b>\$4.139.450,65</b>
<b>FORMULA LIQUIDACIÓN CESANTÍAS</b>		
(Salario base mensual * Días trabajados) /360		
<b>TOTAL CESANTÍAS A PAGAR</b>		<b>\$3.093.090</b>

<b>FORMULA LIQUIDACIÓN INTERESES CESANTÍAS</b>	
(Cesantías * Días trabajados * 0,89) /360	
<b>TOTAL INTERESES A PAGAR</b>	<b>\$275.285</b>

**Resumen:** De acuerdo a los valores liquidados en esta sentencia se ordenará al Hospital demandado pagar en favor de la demandante las siguientes sumas de dinero por concepto de:

Recargo Nocturno:	\$3.409.200
Recargo Dominicales	\$1.731.558
Bonificación Servicios Prestados	\$ 849.095
Prima de Servicios	\$1.105.810
Compensación por vacaciones	\$1.273.857
Prima de Vacaciones	\$1.273.857
Prima de Navidad	\$2.343.824
Cesantías	\$3.093.090
<u>intereses de cesantías</u>	<u>\$ 275.285</u>
<b>Total</b>	<b>\$15.355.576</b>

#### 4.4.6 Frente a los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones

La parte demandante solicita como pretensión, que se condene a reconocer y pagar a la demandada *"el valor de los aportes al sistema de seguridad social tanto en pensión como en salud"*.

Sobre este punto, el Consejo de Estado en sentencia del 18 de julio de 2018<sup>26</sup> ordenó a la entidad demandada en dicho proceso a tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante por los periodos laborados por prestación de servicios para determinar si existía diferencia entre los aportes realizados por la demandante como contratista y los que se debieron efectuar y, en caso de que se comprobara efectivamente diferencia, procediera a cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, y que para ello la demandante debía acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo de duración de los contratos, y en caso de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendría la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora.

En el caso de autos, se recuerda que, por fijación del litigio propuesta por el despacho, se tuvo por cierto que El Hospital no canceló prestaciones sociales (prima, vacaciones, cesantías, salud, pensión, entre otros) durante el tiempo que estuvo vinculada la accionante, de acuerdo a lo manifestado en los hechos en el libelo introductor y que, no fue refutado en la contestación, por el contrario, fue así confirmado. Aparte, de las actas o informes parciales de interventoría (fls. 142-168) se observa que el pago de la seguridad social fue uno de los ítems o requisitos para

<sup>26</sup> Sección Segunda, Subsección A. Radicado: 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14) M.P. William Hernández Gómez

habilitar el pago mes tras mes. Aunado a que así fue mencionado por los deponentes en este proceso.

Es de advertir que, en efecto, se tiene dentro del sumario a folio 141 del Cuaderno1, una única "Planilla integrada autoliquidación aportes soporte de pago general, en el que consta el pago que hiciera la demandante DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ como independiente para el mes de febrero de 2016, lográndose observar que el pago correspondiente por concepto de **aportes a pensión** fue la suma de \$207.800 pesos, **aportes a salud** por \$162.400 pesos y por **riesgos profesionales** el valor de \$31.400 pesos, para un total de **\$401.000**, bajo un IBC de **\$1'299.000 pesos**. Sobre los demás meses durante los cuales duró el vínculo contractual, no se tiene constancia, ni comprobante de cancelación de cotización a pensión o salud.

Por tanto, ante la falta de evidencia que corrobore que en efecto la demandante realizó tales aportes y el monto a que ascienden la totalidad de los mismos, se ordenará conforme la sentencia del Consejo de Estado en cita, que la ESE HOSPITAL SAN BERNERNADO proceda a liquidar, tomando el ingreso base de cotización o IBC pensional<sup>27</sup> de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, para que verifique si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Lizcano González como independiente y los que se debieron efectuar, en caso afirmativo cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la señora DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ deberá acreditar ante el mentado Hospital las cotizaciones que realizó al sistema general de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duró el referido vínculo contractual, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Por último, en el caso del "*valor de los aportes al sistema de seguridad social tanto <...> **como en salud.***", no se encuentran razones mayores para acceder a su reconocimiento, teniendo en cuenta que se trató de un riesgo asumido que, de acuerdo a los hechos de la demanda, se nunca se concretó y, por tanto, no se demostró causación de gastos por problemas de salud de la demandante.

#### **4.5 La prescripción.**

Aunque está decantada la jurisprudencia sobre los aspectos que se afectan por el fenómeno prescriptivo en el contrato realidad, en el presente caso es claro que el mismo no se presenta, ya que la relación estuvo vigente desde enero 23 hasta noviembre 7 de 2016, y la demanda se radicó el 16 de octubre de 2018, cuando no habían pasado siquiera dos años de terminado el vínculo entre las partes.

En consonancia con lo dicho, corresponderá a la entidad accionada reconocer y pagar a la demandante las prestaciones sociales por sus labores desempeñadas como médica en servicio social obligatorio y de acuerdo a su salario percibido durante la vinculación, advirtiéndose que los dineros adeudados deberán ser indexados a la fecha en la cual quede ejecutoriada esta providencia.

---

27 Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencia] CE-8UJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

Por su parte, la prescripción de los dineros relativos a los aportes a Seguridad Social en salud y pensiones y, la oportunidad para solicitar la devolución de los dineros pagados por el trabajador al sistema por concepto de aportes, en éste caso se rige por el término de prescripción trienal, al comportar solamente un beneficio económico para el demandante, en este último evento se señala en la sentencia que corresponde a la administración *"determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador"*<sup>28</sup>, tal y como se explicó en el acápite 4.4.6.

#### **4.6 Sobre las excepciones**

De conformidad con el análisis que se desarrolló a lo largo de esta sentencia, se declararán imprósperas las excepciones de mérito propuestas por la demandada, denominadas: (i) Inexistencia del contrato realidad y; ii) Genérica.

#### **4.7 Costas**

Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la entidad demandada. Para tal efecto se tiene en cuenta que la demandante hubo de recurrir a los servicios profesionales de un abogado que realizara las gestiones pre procesales y procesales necesarias para presentar demanda, soportas excepciones acudir a audiencias de pruebas, alegar de conclusión, actividades sin las cuales no hubiera obtenido el resultado favorable a sus pedimientos.

Consecuentemente, por agendas en derecho se fijará la suma **(\$921.335)** conforme lo dispone el artículo 7 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MANIZALES**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: DECLARAR** no probada la excepción de falta de Inexistencia del contrato realidad, formulada por el apoderado de la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA, de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la NULIDAD del del acto administrativo del 22 de marzo de 2018 con "Ref: Respuesta solicitud", expedido por la ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA, conforme lo discurrido en la parte motiva de esta sentencia.

**TERCERO:** A título de restablecimiento del derecho se **CONDENA** a la **ESE HOSPITAL SAN BERNARDO DE FILADELFIA** a pagar a la demandante, señora **DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ** teniendo como base los honorarios recibidos y el tiempo efectivamente laborado, las prestaciones y factores salariales siguientes:

Recargo Nocturno: \$3.409.200

---

28 Ibidem

Recargo Dominicales	\$1.731.558
Bonificación Servicios Prestados	\$ 849.095
Prima de Servicios	\$1.105.810
Compensación por vacaciones	\$1.273.857
Prima de Vacaciones	\$1.273.857
Prima de Navidad	\$2.343.824
Cesantías	\$3.093.090
<u>intereses de cesantías</u>	<u>\$ 275.285</u>
<b>Total</b>	<b>\$15.355.576</b>

**CUARTO:** **ORDENAR** a la ESE Hospital San Bernardo de Filadelfia, Caldas, que proceda a liquidar, tomando el ingreso base de cotización o IBC pensional<sup>29</sup> de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, para que verifique si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Lizcano González como contratista/independiente y los que se debieron efectuar, y en caso afirmativo cotizará al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido se **INSTA** a la señora **DEISY KATHERINE LIZCANO GONZÁLEZ** deberá acreditar ante el mentado Hospital las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones durante el tiempo que duró el referido vínculo contractual, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

**QUINTO:** Con fundamento en el artículo 188 del CPACA, se condena en costas a cargo de la entidad demandada.

Por agendas en derecho se fijará la suma **(\$921.335)** conforme lo dispone el artículo 7 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016.

**SEXTO:** Desde ya se autoriza la expedición de copias auténticas de la presente sentencia que soliciten las partes procesales de conformidad con lo establecido en el art. 114 del CGP.

**SEPTIMO:** Notificar de conformidad con el artículo 203 del CPACA y demás normas complementarias o afines.

**OCTAVO:** Una vez se encuentre ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente, previa cancelación de las anotaciones en el aplicativo Justicia XXI. De existir saldo en la cuenta de gastos, devuélvanse los dineros respectivos, luego de efectuar su liquidación por Secretaría.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**




---

29 Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

**CARLOS MARIO ARANGO HOYOS**

**Juez**

**Firmado Por:**

**Carlos Mario Arango Hoyos**

**Juez**

**001**

**Juzgado Administrativo**

**Caldas - Manizales**

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

Código de verificación:

**c27fa02da02fff5202fe1529d0a1f7bcb56f940be93fc608340b51ad0a58c13d**

Documento generado en 24/08/2021 04:40:15 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**