



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**JUZGADO SEPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN**  
Carrera 4ª No. 2-18 FAX 092 - 8209563  
Email: [j07admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:j07admpayan@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Popayán, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

**Expediente N°** 190013333007 2016 00271 00  
**Actor** RAQUEL MOSQUERA GONGORA  
**Demandado** EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE OCCIDENTE DEL MUNICIPIO DE TIMBIQUI (CAUCA) - ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD - ASOSALUD  
**Medio de Control** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

**SENTENCIA N° 240**

**I. OBJETO**

**1.- DECISIÓN DE FONDO**

La sentencia se profiere conforme el inciso final del numeral 2º del artículo 181 del CPACA, prescindiendo de la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de acuerdo con lo consignado en el Auto Interlocutorio N° 710 de 30 de julio de 2020, proferido en la audiencia de pruebas realizada en esa fecha.

**II. ANTECEDENTES**

**2.- LA DEMANDA<sup>1</sup>.**

La señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA, por intermedio de apoderado debidamente constituido promovió demanda de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO en contra de la ASOCIACIÓN SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD “ASOSALUD” y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE OCCIDENTE DEL MUNICIPIO DE TIMBIQUÍ, CAUCA.

**2.1.- Las pretensiones de la demanda.**

La parte actora solicita se realicen las siguientes declaraciones:

*“PRIMERO: Que se decrete la nulidad del acto Fito o presunto de fecha 29 de mayo del año 2015 y 29 de agosto del año 2015, en los que la demandante solicitó el pago de sus prestaciones sociales y demás acreencias laborales.*

*SEGUNDO. Que se declare que entre el empleador ASOCIACIÓN SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD “ASOSALUD” y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE OCCIDENTE DEL MUNICIPIO DE TIMBIQUÍ, CAUCA y la (sic) señor RAQUEL MOSQUERA GONGORA, existió un contrato de trabajo el cual terminó por causas imputables al empleado.*

*TERCERO. que como consecuencia de lo anterior se hagan las siguientes declaraciones y condenas:*

*A).-LA SUMA DE UN MILLON TRESCIENTOS CINCUENTA MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$1.350.055) por concepto de pago de cesantías.*

---

<sup>1</sup>folios 19 a 24 cuaderno principal

|                  |                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expediente N°    | 190013333007 2016 00271 00                                                                       |
| Actor            | RAQUEL MOSQUERA GONGORA                                                                          |
| Demandados       | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E.-<br>ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD-ASOSALUD |
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                           |

*B).-LA SUMA DE CIENTO SESENTA Y DOS MIL SIETE PESOS (\$162.007) por concepto de pago de Intereses de Cesantías*

*C).-LA SUMA DE SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL VEINTISIETE PESOS (\$675.027) por concepto de pago de pago de vacaciones.*

*D).-LA SUMA DE UN MILLON TRESCIENTOS CINCUENTA MIL CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$1.350.055), por concepto de pago de primas de junio y diciembre.*

*E) E) Que se condene al pago de la suma de UN MILLON CIENTO OCHENTA MIL OCHOCIENTOS PESOS (\$1.180.800), por concepto de pago de subsidio familiar por sus 4 hijos menores de edad para la época de los hechos de nombre YERLIN ALBERTO ANGULO MOSQUERA, SINDY PATRICIA ANGULO MOSQUERA, ERLIN ROCIO ANGULO MOSQUERA, YESICA VENTE MOSQUERA.*

*F).- H).-LA SUMA DE TRES MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y OCHO PESOS (\$3.884.688), por concepto de pago de horas extras diurnas, horas extras nocturnas, días dominicales y festivos trabajados durante el periodo laboral.*

*G).- Que se condene a pagar los aportes de salud y pensión a la EPS, donde se encontraba afiliada la trabajadora, los que fueron descontados del salario de mi mandante y que no se pagaron a la EPS.*

*H).-LA SUMA DE TREINTA MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS (\$30.696.000), por concepto de pago de sanción moratorio por no consignarle las cesantías en un fondo privado de cesantías durante los dos primeros años, más los intereses moratorios y los demás que se causen en adelante hasta que se haga efectivo el pago.*

*I).- LA SUMA DE UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS DOCE PESOS (\$1.279.000), por concepto de pago de indemnización por despido injusto.*

*CUARTO.-Que se condene al pago de aportes en seguridad social al sistema General de Seguridad social en pensión, salud y Arl.*

*QUINTO.-Que se condene al pago de los intereses moratorios contados desde la fecha que se causó el derecho, hasta cuando se haga efectivo el pago.*

*SEXTO.-Que las anteriores sumas de dinero sean debidamente indexadas.*

*SEPTIMO. Que se condene al pago de costas y gastos del proceso a la parte demandada."*

## **2.2.- Hechos**

Dice la demanda que la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA se vinculó como enfermera auxiliar desde el 1 de noviembre de 2011 mediante contrato de prestación de servicios No. 225 con la Empresa Social del Estado Occidente E.S.E. y que el 15 de noviembre de 2012 fue despedida mediante escrito de terminación de contrato por parte del presidente de la Asociación Sindical Personal de la Salud- Asosalud.

Manifiesta que en el periodo laborado desempeño de manera personal las funciones de auxiliar de enfermera en las dependencias y en los turnos que se elaboraban cada mes en la Empresa Social del Estado, además, cumplió órdenes del jefe inmediato.

Relata que durante el periodo laboral no se le cancelo cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, horas extras, festivos, subsidio familiar, dotación personal y aportes a salud, pensión y a la ARL.

El 29 de mayo de 2015 y 29 de agosto de 2015 solicitó a la entidad y asociación demandada respectivamente el pago de sus prestaciones sociales y demás acreencias laborales, sin obtener respuesta.

Por lo anterior solicita se declare la nulidad de los actos fictos o presuntos frente a las referidas peticiones, y a título de restablecimiento del derecho se declare que entre las demandas y la demandante existió un contrato de trabajo que término por causas imputables al empleado (sic) y como consecuencia de ello se condene a reconocer el pago de las acreencias laborales, prestaciones sociales, indemnización por despido injusto y sanción moratoria.

### **2.3.- Normas violadas y Concepto de violación**

Consideró como normas violadas las siguientes:

- Artículos 83 y ss; Artículos 138,154,155,159,162 y ss del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.
- Artículo 23 Modificado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990
- Artículo 65 Modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002
- Artículos 22,23,61,62,63,64,127,165,161,162,168 y demás artículos del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social
- Ley 50 de 1990
- Ley 712 de 2001
- Ley 1395 de 2010

Como concepto de violación manifestó que el acto administrativo ficto que se pide nulitar, desconoce que existió un contrato laboral de trabajo que cumple con los elementos esenciales para ser considerado como tal, conforme a lo previsto en el artículo 23 modificado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990.

Destaca que la demandante se desempeñó en labores de enfermería de manera personal y cumpliendo horario por turnos, de acuerdo a lo ordenado por el empleador, y demás ordenes de su superior, además devengaba un salario como contraprestación del servicio. Por lo anterior considera que la actora tiene derecho a que se le paguen las prestaciones sociales y la indemnización por falta de pago a la terminación del contrato del que hace alusión el artículo 65 Modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

Adujo que en consecuencia de lo probado en el proceso, debe considerarse la aplicación del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, porque frente al vínculo contractual sindical, se evidencia la existencia de una relación laboral subordinada y remunerada, como quiera que la demandante no prestaba el servicio en forma independiente, que no contaba con autonomía técnica ni directiva, por lo tanto es procedente a título de restablecimiento del derecho, la declaratoria y reconocimiento de una verdadera relación laboral.

Dice que uno de los principios del derecho laboral es la primacía de la realidad sobre la formalidad, por tanto y atendiendo a que la demandante prestó un servicio como empleada a la ESE demandada, en forma personal, sometida a los turnos y horarios de la Entidad y bajo la subordinación de un jefe inmediato deben prosperar las pretensiones.

## **2.4.- La admisión de la demanda**

La demanda fue presentada el 19 de agosto de 2016, ante la Oficina Judicial, correspondió en estudio a éste Despacho<sup>2</sup> y mediante auto de 01 de septiembre de 2016, fue remitida por competencia<sup>3</sup> al Tribunal Administrativo del Cauca, Corporación que mediante auto de 03 de noviembre de 2016<sup>4</sup>, declaro la falta de competencia y la remitió nuevamente al Juzgado.

Por lo anterior por auto de 28 de noviembre de 2016<sup>5</sup>, fue admitida la demanda, por reunir los requisitos formales contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

## **2.5.- La contestación de la demanda**

### **2.5.1. Empresa Social del Estado ESE OCCIDENTE<sup>6</sup>.**

Por su parte, la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE OCCIDENTE se opone a las pretensiones de la demanda y señala que vinculó directamente a la accionante mediante varios contratos de prestación de servicios para que cumpliera las funciones de enfermera auxiliar del programa denominado Enfermedades de Transmisión por Vectores “ ETV” durante el periodo comprendido entre noviembre de 2011 hasta junio de 2012, sin ser sometida a subordinación ni tampoco a cumplir órdenes de superior jerárquico, sin embargo, la actora cumplió el horario institucional dispuesto por la ESE para la atención al público para garantizar que los usuarios de los servicios de salud de dicho programa recibieran la atención asistencial de la patología que padecían, sin que se estableciera una relación laboral.

Explica que durante el año 2012, la vinculación de la demandante se dio a través de la Asociación Sindical Personal de la Salud “ASOSALUD”, desde el 1 de julio al 15 de noviembre de 2012.

### **2.5.2. Asociación Sindical Personal De Salud –ASOSALUD-**

No contestó la demanda.

## **III.- EL TRÁMITE DEL PROCESO**

### **3.- Las audiencias**

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 180 del CPACA, vencido el término de traslado de la demanda, por auto del 31 de mayo de 2019, se fijó fecha para la realización de la Audiencia Inicial, el 22 de agosto de 2019, diligencia que quedó consignada en audio, video y en el Acta No. 243 de la referida fecha<sup>7</sup>.

En la referida audiencia mediante auto interlocutorio No. 1319, se abrió el periodo probatorio, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes, y se fijó como fecha para la celebración de la audiencia de pruebas, el 2 de julio de 2020, a las 10:00 a.m., fecha en la que se corrió traslado de la prueba recaudada decretados y se suspendió con el fin de recaudar prueba pendiente.

---

<sup>2</sup> Fol. 27 del C. Ppal No.1

<sup>3</sup> Fol. 29 del C. Ppal No.1

<sup>4</sup> Fols. 3 a 4 cuaderno segunda instancia

<sup>5</sup> Fols. 32 a 33 del C. Ppal No.1

<sup>6</sup> Fols. 49 a 54 cuaderno principal

<sup>7</sup> Folios 116 a 118 Cuaderno Principal

El 30 de julio de 2020 se reanudó la audiencia de pruebas y mediante auto interlocutorio No. 710 se clausuró la etapa probatoria, y se concedió un término de 10 días para que se aportara la prueba pendiente, advirtiéndole que serán valoradas aquellas pruebas que se alleguen al expediente antes de que se dicte sentencia. También se dio por concluido el periodo probatorio al vencimiento de los 10 días concedidos para el aporte de las pruebas pendientes. Además, se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento por considerar innecesaria y se concedió a las partes y al Ministerio Público un término de 10 días para rendir por escrito los alegatos conclusión, y concepto de fondo si ha bien lo tienen.

### **3.3.- Los alegatos de conclusión**

#### **3.3.1. Parte actora**

La apoderada de la parte demandante reitera las pretensiones del escrito de la demanda, y después de hacer alusión a las pruebas obrantes en el plenario señala que a la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA se le deben resarcir sus derechos al no pagarle las acreencias laborales por haber laborado al servicio de la ESE OCCIDENTE, en el Municipio de Timbiqui, Cauca, según contratos firmados con dicha Empresa, hecho que fue demostrado con las pruebas documentales aportadas al proceso y los testimonios de dos compañeras de trabajo de la demandante, señoras ZORAIDA VENTE ARRECHEA y MARIA JANET PALOMINO.

Sostiene que entre las partes existe una relación laboral que inició con ocasión de un contrato de prestación de servicios, el cual se prorrogó de manera ininterrumpida en varias oportunidades, hasta la fecha que fue despedida sin justa causa.

Relata que en el presente proceso se reúnen los tres elementos esenciales del que habla la norma sustancial laboral para que se configure el contrato en las condiciones exigidas en el Artículo 23 del CPTSS.

Reitera que el servicio laboral fue prestado personalmente por la demandante, en un horario establecido, bajo las ordenes de un jefe inmediato, se le pagó un salario como retribución al trabajo, tal como quedó demostrado con la prueba documental aportada al proceso y la prueba testimonial como son los testimonios recibidos por el despacho bajo la gravedad de juramento.

Señala que las funciones del cargo de auxiliar de enfermería son funciones que implican una relación laboral, por cuanto no se pueden desempeñar de manera independiente máxime en el caso en comento.

Manifiesta que la responsabilidad de las demandadas ESE OCCIDENTE y ASOSALUD, es solidaria, por cuanto la ESE OCCIDENTE, contrató un servicio a través de un intermediario del cual tenía la obligación legal de actuar como vigilante y tenía un supervisor en los contratos, encargado de tal control de cumplimiento de requisitos y obligaciones.

Sostiene que ASOSALUD, si recibió los recursos para cumplir con las obligaciones de pagar las compensaciones, tal como lo afirma el abogado de la demandada ESE OCCIDENTE., cuando dice “*Durante el periodo comprendido entre el 01 de julio al 15 de noviembre de 2012, ASOSALUD, debió cancelar a la actora las compensaciones o participaciones por concepto de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones,*

|                  |                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expediente N°    | 190013333007 2016 00271 00                                                                       |
| Actor            | RAQUEL MOSQUERA GONGORA                                                                          |
| Demandados       | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E.-<br>ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD-ASOSALUD |
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                           |

*por cuanto la ESE OCCIDENTE, a través de los contratos No. 197, 145 y 058 de 2012 canceló estos guarismos para que fuesen entregados a todos los afiliados al sindicato como parte de su participación en la ejecución de los referidos contratos”.*

Asevera que no tiene asidero jurídico lo manifestado por el apoderado del demandado ESE OCCIDENTE cuando afirma que la responsabilidad de pagar las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social era únicamente de ASOSALUD, cuando la ESE OCCIDENTE, tenía la responsabilidad de verificar la certificación de los pagos realizados por concepto de aportes a la seguridad social y prestaciones sociales, tenía la obligación legal de exigir la certificación del revisor fiscal o del contador que certificara que la Asociación se encontraba a paz y salvo por estos conceptos y fueron varios años de contratos unos tras otros y no se exigió este requisito fundamental.

Manifiesta que en el contrato 197, firmado entre la ESE OCCIDENTE y ASOSALUD, aportado por la ESE OCCIDENTE, existe el nombramiento de un supervisor del contrato, encargado de ejercer las labores de supervisión por parte de la ESE. De manera repetitiva el contrato reza entre las obligaciones del CONTRATISTA “ASOSALUD”, Cláusula TERCERA. “...Cada una sujeta al trámite administrativo, previa presentación de cuenta de cobro respectiva, informe de actividades, soportes de pago de seguridad social y de la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrita por el supervisor del contrato...”.

Igualmente en la cláusula sexta obligaciones del Contratista, en el aparte que dice SOBRE LA SEGURIDAD SOCIAL”, manifiesta que el sindicato se obliga al pago de todos los dividendos, excedentes, salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social en salud, pensión y riesgos profesionales de conformidad y en los términos previstos en las disposiciones legales vigentes a los cuales esté obligado frente a su relación con los integrantes de la empresa y en general con toda persona que asocie o vincule con el fin de dar cumplimiento a la ejecución del presente contrato de prestación de servicios.

Explica que la responsabilidad del cumplimiento de las obligaciones del contrato de prestación de servicios firmado entre la ESE y ASOSALUD, es responsabilidad exclusiva de la ESE y quien contaba con un supervisor del contrato.

Asevera que en el presente caso se presenta un enriquecimiento sin causa por parte de ASOSALUD, que recibió unos recursos de la ESE OCCIDENTE, con una destinación específica y no los pagó a los trabajadores.

Sostiene que la ESE OCCIDENTE, tiene la obligación legal de pagar las prestaciones sociales y los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la trabajadora por el tiempo que estuvo vinculada directamente por la ESE OCCIDENTE; pues tal como se probó en el proceso, durante el tiempo que trabajó con ambas empresas: ESE OCCIDENTE y ASOSALUD, desempeñó las mismas funciones de auxiliar de enfermería en el programa de transmisión por vectores “ETV”, en el mismo sitio, con el mismo horario y bajo las ordenes de su jefe inmediato.

Respecto al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, trae a colación el inciso 1o del Artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 para sostener que la responsabilidad deprecada es solidaria y recae sobre la ESE OCCIDENTE y ASOSALUD, sobre la vulneración de derechos laborales de la demandante.

### **3.3.2. Empresa Social del Estado ESE OCCIDENTE**

No presentó alegatos de conclusión

### **3.3.3. Asociación Sindical Personal De Salud –ASOSALUD-**

No presentó alegatos de conclusión

### **3.3.4. Por el Ministerio Público.**

El Ministerio Público no presentó concepto.

## **IV.- CONSIDERACIONES**

### **4.1.- Competencia**

Por la naturaleza del asunto, Nulidad y Restablecimiento del Derecho; el último lugar de prestación de los servicios, Municipio de Timbiquí (Cauca), y la estimación razonada de la cuantía, inferior a 50 SMLM, el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Popayán es competente para conocer del presente asunto en PRIMERA INSTANCIA.

### **4.2.- Caducidad del medio de Control**

Al tratarse de un asunto en materia laboral en el cual se formulan pretensiones relacionadas con el pago de acreencias laborales que tienen el carácter de prestaciones periódicas, no se configura la caducidad porque la demanda puede formularse en cualquier tiempo de conformidad con lo previsto en el artículo 164 numeral 1º literal c) del CPACA.

### **4.3.- Problema Jurídico.**

El litigio en el presente asunto se centra en determinar, si debe declararse la nulidad de los actos fictos que negaron a la accionante el pago de las prestaciones y demás emolumentos de carácter laboral a los que considera tener derecho la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA, y si en consecuencia hay lugar a declarar una relación laboral y condenar a la parte demandada, a reconocer los valores reclamados.

### **4.4. Naturaleza jurídica de las empresas sociales del estado – ESE**

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 *“Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”*, establece que la planta de personal de las entidades encargadas de prestar el servicio de salud Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su parágrafo que *“son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”*.

De esta manera, con la Ley 100 de 1993 fueron creadas las empresas sociales del Estado con el fin de que prestaran en forma directa los servicios de salud:

***“ARTICULO. 194.-Naturaleza. Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería***

|                  |                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expediente N°    | 190013333007 2016 00271 00                                                                       |
| Actor            | RAQUEL MOSQUERA GONGORA                                                                          |
| Demandados       | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E.-<br>ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD-ASOSALUD |
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                           |

*jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.*

**ARTICULO. 195.-Régimen jurídico.** Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico: Ver art. 2, Decreto Nacional 1919 de 2002.

...

2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.

...

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

...

**ARTICULO. 197.-Empresas sociales de salud de carácter territorial.** Reglamentado por el Decreto Nacional 1876 de 1994. Las entidades territoriales deberán disponer, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de vigencia de esta ley, la reestructuración de las entidades descentralizadas cuyo objeto principal sea la prestación de servicios de salud, con el fin de adecuarlas a lo dispuesto en este capítulo.

#### 4.5. Régimen jurídico del contrato de prestación de servicios

El contrato de prestación de servicios está consagrado en la Ley 80 de 1993, artículo 32-3 así:

*“...3°. Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable...”*

De la lectura de la norma se puede concluir:

- Los contratos de prestación de servicios, pueden celebrarse con personas naturales cuando la actividad encomendada no pueda realizarse con personal de planta o se requiera conocimiento especializado;
- Se justifican para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la Entidad;
- Su duración es limitada, esto es, deben celebrarse por el término estrictamente indispensable;
- No generan relación laboral ni prestaciones sociales.

Bajo este contexto, el contratista tiene completa autonomía en el desempeño de la función contratada, es decir, no se impone sobre él ninguna clase de subordinación administrativa con la autoridad contratante y su pago se realiza bajo la modalidad de honorarios, no de salario.

Y la Ley 1122 de 2007, por la cual se modifican algunas previsiones del SGSS, prevé:

*“Artículo 26°. De la prestación de servicios por parte de las instituciones públicas. La prestación de servicios de salud por parte de las instituciones públicas solo se hará a través de Empresas Sociales del Estado (ESE's) que podrán estar constituidas por una o varias sedes o unidades prestadoras de servicios de salud.*

*En todo caso, toda unidad prestadora de servicios de salud de carácter público deberá hacer parte de una Empresa Social del Estado, excepto las unidades de prestación de servicios de salud que hacen parte de las empresas industriales y comerciales del Estado y de aquellas entidades públicas cuyo objeto no es la prestación de servicios de salud.*

*En cada municipio existirá una ESE o una unidad prestadora de servicios integrante de una ESE.  
(...)*

*Artículo 27º: Regulación de las Empresas Sociales del Estado. El Gobierno Nacional reglamentará dentro de los seis meses a partir de la vigencia de la presente ley, los siguientes aspectos:*

*a. Los requisitos para la creación, transformación, categorización, organización, y operación de las Empresas Sociales del Estado, teniendo en cuenta los siguientes criterios: Población, densidad poblacional, perfil epidemiológico, área de influencia, accesibilidad geográfica y cultural, servicios que ofrece, grado de complejidad, capacidad instalada, capital de trabajo, producción, sostenibilidad, diseño y la participación de la Empresa Social del Estado (ESE) en la red de su área de influencia.  
(...)*

*Parágrafo 4. Para los Departamentos nuevos creados por la Constitución de 1991 en su artículo 309, que presenten condiciones especiales, y el Departamento del Caquetá, el Ministerio de la Protección Social reglamentará en los seis meses siguientes a la expedición de esta Ley, la creación y funcionamiento de las Empresas Sociales del Estado, con los servicios especializados de mediana y alta complejidad requeridos, priorizando los servicios de Telemedicina.*

*La Contratación de servicios de Salud para las Empresas Sociales del Estado de estos Departamentos se realizará preferiblemente con las EPS públicas administradoras del régimen subsidiado, las cuales se fortalecerán institucionalmente.  
(...)*

*Artículo 30º. Del fortalecimiento de Asociaciones y/o Cooperativas de las ESES. El Gobierno Nacional, departamental y municipal promoverán la creación y el fortalecimiento de asociaciones y/o cooperativas de las ESES, que tengan como objetivo fortalecer la red pública hospitalaria.*

*Estas asociaciones y/o cooperativas ofrecerán servicios y/o podrán proveer insumos, siempre y cuando beneficien a las entidades con economía de escala, calidad, oportunidad, eficiencia y transparencia.”*

Por su parte, la Ley 1438 de 2011 por la cual se reforma el sistema general de seguridad social en salud, en su artículo 59 prevé:

*“ARTÍCULO 59º. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.”*

#### **4.6- Jurisprudencia sobre el contrato realidad**

En relación con el tema de la contratación para la prestación del servicio de salud, las Altas Corporaciones han mantenido su posición para indicar que cuando se demuestren plenamente cada uno de sus elementos, debe aplicarse la primacía de la realidad.

En este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997 al declarar exequibles las expresiones "*no puedan realizarse con personal de planta o*" y "*En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales*" contenidas en el numeral 3o. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, señaló:

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

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

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

Por su parte el Consejo de Estado, en sentencia de la Sala Plena del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, consideró que la actividad del contratista puede estar sometido a las pautas de la entidad y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades, entonces, en vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.

Posteriormente, la Sección Segunda del Consejo de Estado en fallos del 23 de junio de 2005 expediente No. 0245 con ponencia del doctor Jesús María Lemos Bustamante, y de 17 de marzo de dos mil once (2011), radicación número: 68001-23-15-000-2002-02012-01(1372-09), ha reiterado que para desvirtuar el contrato de prestación de servicios se requiere acreditar fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y dependencia y remuneración; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Y en relación directa con la potestad de las ESE para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, en Sentencia C-171 de 2012, la Corte Constitucional reiteró sus límites, con fines de proteger las relaciones laborales, en el sentido de que solo podrá llevarse a cabo siempre y

cuando: (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii) cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad, o (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para el efecto las ESE deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.

Frente al tema el Consejo de Estado ha señalado<sup>8</sup>:

*“Se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de Ordenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados. Así, atendiendo a los conocimientos especializados que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio de los mismos, se habilita dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados, conclusión que constituyó en últimas el fundamento jurídico de la providencia denegatoria proferida por el a quo. Al respecto, dirá la Sala que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos -entrándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, y los artículos 21 y 27 del Decreto 1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud”.*

Finalmente en sentencia de 2 de junio de 2016, radicación interna 2496-14, con ponencia del doctor Luis Rafael Vergara Quintero, dijo:

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

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

*Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

<sup>8</sup> C.P. doctor GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, 18 de mayo de 2011, radicación 0056-10, demandado: ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO.

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

#### 4.7. De lo probado en el proceso

- **Contrato sindical de prestaciones de servicios No. 197 de 01 de julio de 2012** de Apoyo al área administrativa, asistenciales y de apoyo a la función asistencial, entre la Empresa Social de Estado Occidente E.S.E y ASOSALUD por intermedio de sus asociados por un valor de CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS PESOS (\$177.384.300) durante un término de dos (2) meses contados a partir del 01 de julio de 2012 al 31 de agosto de 2012, (Fols. 56 a 68 C. Principal No.1)
- **Contrato sindical de prestación de servicios No. 045 de 01 de octubre de 2012** de apoyo al área administrativa, asistenciales y de apoyo a la función asistencial, entre la Empresa Social y del Estado Occidente E.S.E y Asosalud por intermedio de sus asociados por un valor de CIENTO NOVENTA YOCHO MILLONES SETESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS PESOS ( \$198.759.800) durante un término de dos (2) meses contados a partir del 01 de octubre al 30 de noviembre de 2012 (Fols. 69 a 81 C. Principal No.1)
- Informe de actividades realizadas del 1 al 31 de octubre por parte de la Asociación Sindical Personal de la Salud respecto de la prestación de servicios de salud de primer nivel de atención para la ejecución de actividades requeridas por la Empresa Social del Estado Occidente E.S.E. (Fols. 82 a 89 C. Principal No.1)
- **Contrato sindical de prestación de servicios No. 058 de diciembre de 2012** de apoyo al área administrativa, asistenciales y de apoyo a la función asistencial, entre la Empresa Social del Estado Occidente ESE y Asosalud por intermedio de sus asociados por un valor de SESENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$66.000.000) por un término de un mes (a partir del 01 al 31 de diciembre de 2012)(Fols. 90 a 101 C. Principal No.1)

Oficio No. GER-01 38 de 30 de junio de 2020 por medio del cual la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE informa que no se encontraron los contratos Nos. 045 del 01-10-2012 y 058 de 2012, tampoco contrato de prestación de servicios entre la ESE y ASOSALUD, y allega los siguientes contratos de prestación de servicios entre la demandante con dicha entidad, así:

- **Contrato 054 del 01 de septiembre de 2011 suscrito entre la demandante y la Empresa Social del Estado de Occidente E.S.E.,** para que la demandante prestara sus servicios como Auxiliar de enfermería en los Municipios de Timbiquí y López de Micay, por un termino de duración de un (01) mes a partir de 01 de septiembre de 2011 al 30 de septiembre de 2011 por valor de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 1.279.000) pagaderos en dos (2) cuotas quincenales de dos (2) cuotas vencidas por la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (\$639.500) M/Cte cada una, sujeta al soporte de pago de seguridad social y de

la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrita por el supervisor del contrato. **(Fols. 29 a 31 C. de Pruebas)** acta de inicio del contrato de prestación de servicios del 01 de septiembre de 2011 suscrita por la demandante y la Profesional Universitaria de la ESE OCCIDENTE, informe de actividades realizadas por la demandante respecto al contrato firmado, comprobante de egreso No. 1527 del 04 de octubre de 2011 y comprobante de consignación del pago del referido mes por un valor de \$ 1.279.000 **(Fols. 32 a 34 C. de Pruebas)**

- **Contrato 180 del 01 de octubre de 2011 suscrito entre la demandante y la Empresa Social del Estado de Occidente E.S.E.**, para que la demandante prestara sus servicios como auxiliar de enfermería en los Municipios de Timbiquí y López de Micay, por un término de duración de un (01) mes a partir del 01 de octubre de 2011 a 30 de octubre de 2011 por valor de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 1.279.000) sujeta al trámite administrativo previa presentación de cuenta de cobro respectiva, informe de actividades, soporte de pago de seguridad social y de la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrita por el supervisor del contrato **(Fols. 35 a 37 C. de Pruebas)** acta de inicio del contrato de prestación de servicios del 01 de octubre de 2011 suscrita por la demandante y el Profesional Universitaria de la ESE OCCIDENTE, informe de actividades realizadas por la demandante respecto al contrato firmado, comprobante de egreso No. 1659 del 4 de noviembre de 2011, comprobante de consignación del pago del referido mes por un valor de \$ 1.279.000, pago de la seguridad social del mes de octubre por parte de la demandante **(Fols. 38 a 40 C. de Pruebas)**
- **contrato de prestación de servicios No. 225 del 01 de noviembre de 2011 suscrito entre la demandante y la Empresa Social del Estado de Occidente E.S.E.** con el objeto de que preste sus servicios como Auxiliar de Enfermería en el Municipio de Timbiquí por un término de duración de un (01) mes a partir del **primero (01) de noviembre de dos mil once (2011) hasta el treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011)** por un valor de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$1.279.000) pagaderos en dos cuotas quincenales de (2) cuotas vencidas por la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 639.500) sujeta a trámite administrativo, previa presentación de cuenta de cobro respectiva, informe de actividades soporte de pago de seguridad social y de la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrita por el supervisor del contrato. **(Fols. 5 a 7 C. Principal y 45 a 50 C. Pruebas)** acta de inicio del contrato de prestación de servicios del 01 de noviembre de 2011 suscrita por la demandante solamente, informe de actividades realizadas por la demandante respecto al contrato firmado, comprobante de egreso No. 1852 del 17 de diciembre de 2011 **(Fols. 51 a 54 C. de Pruebas)**
- Comprobante de pago No. 2753 del 14 de agosto de 2012 a nombre de la actora por un valor de \$ 1.279.000 por pago de auxiliar de enfermería punto de atención Timbiquí, pago de seguridad social del mes de agosto de 2012 por la Empresa Social del Estado de Occidente E.S.E., cuenta de cobro de la demandante, informe de actividades del mes de junio de 2012, sin firma
- Relación de personal del mes de agosto de 2012 de personal activo de López-Empresa Social del Estado Occidente E.S.E. en el cual se encuentra relacionada la demandante.

|                  |                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expediente N°    | 190013333007 2016 00271 00                                                                       |
| Actor            | RAQUEL MOSQUERA GONGORA                                                                          |
| Demandados       | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E.-<br>ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD-ASOSALUD |
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                           |

- Comprobante de egreso No. 2804 de 19 de septiembre de 2012 por medio del cual se realiza pago de compensación mes de julio y agosto procesos asistencial administrativo y vigilancia y aseo punto de atención timbiqui y López de Micay contrato sindical No. 197.
- Factura No. 84 de 2012 de Asosalud por medio se realiza pago por prestación de servicios de apoyo a la función asistencial y de apoyo función administrativa del mes de julio en punto de López de Micay.
- Pago de la seguridad social del mes de julio de 2012 pensión y mes de agosto por salud por parte de la Asociación Sindical Personal de la Salud ASOSALUD de varias personas entre ellas de la demandante.
- Relación de personal del mes de julio de 2012 de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E., en la cual se relaciona a la actora.
- Pago de la seguridad social del mes de agosto de 2012 pensión y mes de octubre de salud por parte de la Asociación Sindical Personal de la Salud ASOSALUD.
- Pago de la seguridad social del mes de agosto de 2012 pensión y mes de septiembre de salud por parte de la Asociación Sindical Personal de la Salud ASOSALUD.
- Comprobante de egreso No. 2803 del 20 de agosto de 2012 por medio del cual se realiza pago parcial del proceso asistencial punto de atención López de Micay y con cargo al contrato sindical.
- Comprobante de egreso No. 2805 del 19 de septiembre de 2012 por medio del cual se realiza pago de compensación del mes de julio y agosto procesos asistencial administrativo y vigilancia y aseo punto de atención timbiqui y López de Micay Contrato Sindical No.197.
- Comprobante de egreso No. 2806 de 19 de septiembre de 2012 mediante el cual se realiza pago compensación mes de julio y agosto procesos asistencial administrativo y vigilancia y aseo punto de atención timbiqui y López de Micay contrato sindical N° 197.

Por medio de oficio No. GER-0137 el Gerente ESE Occidente informa que no obra hoja de vida de la demandante y que tampoco existen contratos de trabajo a su nombre por cuanto no ha fungido como empleada pública, por tanto, tampoco existen soportes de los pagos a la seguridad social en salud, pensiones y ARL.

- Comprobantes de Egreso de 14 de agosto de 2012 pago efectuado a la demandante por parte de la Empresa Social del Estado como enfermera del Punto de Atención Timbiqui
- Escrito en el cual se establece que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE le debe a la demandante la suma de UN MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS por concepto de prestaciones de servicios como auxiliar de TBC de dicha ESE

El 21 de agosto de 2020, el Gerente de la **EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE OCCIDENTE DEL MUNICIPIO DE TIMBIQUI (CAUCA)** se ratifica en la información remitida por medio del Oficio No. GER-01 38 de 30 de junio de 2020 y el oficio No.

|                  |                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expediente N°    | 190013333007 2016 00271 00                                                                       |
| Actor            | RAQUEL MOSQUERA GONGORA                                                                          |
| Demandados       | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E.-<br>ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD-ASOSALUD |
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                           |

GER-0137 y señala que desconoce las razones por la cuales no se encuentran los comprobantes de pago de los contratos 045 y 058 de 2012, al igual que la inexistencia de los contratos del mes de septiembre de 2012 celebrado entre la ESE Occidente y ASOSALUD.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Popayán allego al correo electrónico del despacho la parte resolutive de la sentencia No. 0084 dentro del proceso adelantado por la Asociación Sindical Personal de la Salud en contra Asociación Sindical Personal de la Salud- ASOSALUD

Mediante escrito de 15 de julio de 2020 la señora MARIBEL QUINTANA NARVAEZ informo a este despacho que dado los años que han pasado desde la vinculación que existió entre ASOSALUD y la ESE OCCIDENTE (año 2012 aproximadamente) y a que hace alguno años debido a un trasteo de sede ocurrió una pérdida de documentos de algunos asociados en estado inactivo, entre ellos los de la demandante, no es posible la entrega de los contratos de trabajo realizados con la demandante y los documentos de su hoja de vida.

## PRUEBA TESTIMONIAL

En la continuación de audiencias de pruebas realizada el 30 de julio de 2020 se recepcionaron las declaraciones de los señores **ZORAIDA VENTE ARRECHEA**, **MARIA JANET PALOMINO** y **OSCAR ALEGRIA SINISTERRA**, a las cuales se hará referencia en acápite posteriores.

## 4.8. CONSIDERACIONES ESPECIALES

### 4.8.1. El caso concreto

En el presente asunto la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA, a través de apoderada, interpuso el medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO, en contra de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE OCCIDENTE E.S.E y la ASOCIACIÓN SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD, ASOSALUD, con el fin de que se declare el acto ficto o presunto frente a las peticiones de 29 de mayo de 2015 y 29 de agosto de 2015, en la que solicito el pago de sus prestaciones sociales y demás acreencias laborales.

La EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE OCCIDENTE E.S.E. se opuso a las pretensiones de la demanda porque no se encuentran configurados los elementos de la relación laboral entre la demandante y la Empresa Social del Estado, y por ello, no se adeuda ningún valor por concepto de prestaciones sociales. Además, sostuvo que durante el año 2012, la vinculación de la actora se dio a través de la asociación sindical ASOSALUD, en la que la demandante se afilia a la mencionada agremiación, correspondiendo a la misma cancelar las participaciones como afiliada.

Por su parte, la Asociación Sindical Personal De Salud –ASOSALUD- no contestó la demanda ni presentó alegatos de conclusión.

Ahora, de acuerdo a lo expuesto, las Altas Corporaciones Constitucional y Contencioso Administrativa, han establecido que los tres elementos propios de toda relación laboral son: La subordinación entre la entidad contratante y el contratista, la prestación personal del servicio por el contratista y la remuneración recibida por la ejecución del trabajo encomendado, situación que, de hecho, supone conferir al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

Así, procede el Despacho a realizar el análisis del caso, con fundamento en las pruebas regular y oportunamente allegadas, a fin de verificar si tales elementos que se encuentran probados en el presente caso, para lo cual se relacionan las siguientes pruebas:

Dentro del plenario se encuentra demostrado que la demandante suscribió **contrato de prestación de servicios No. 054 del 01 de septiembre de 2011** con la Empresa Social del Estado de Occidente E.S.E., para que la demandante prestara sus servicios como Auxiliar de enfermería en los Municipios de Timbiquí y López de Micay, por un término de duración de un (01) mes a partir de 01 de septiembre de 2011 al 30 de septiembre de 2011 por valor de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 1.279.000) pagaderos en dos (2) cuotas quincenales de dos (2) cuotas vencidas por la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (\$639.500) M/Cte cada una, sujeta al soporte de pago de seguridad social y de la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrita por el supervisor del contrato. El objeto del contrato consistía:

*“(…) LA CONTRATISTA se compromete con LA ENTIDAD CONTRATANTE- ESE OCCIDENTE E.S.E a prestar servicios de apoyo a la gestión en el Área de la Salud (Auxiliar de Enfermería) a partir de las siguientes actividades: a) Arreglar la unidad y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como para la estadía del mismo en la institución b) Realizar acciones de enfermería de baja complejidad según las normas y el plan de acción de enfermería de la institución c) Instruir al paciente y a la familia en el proceso de rehabilitación a seguir d) Preparar al paciente y colaborar en los medios de diagnóstico y tratamientos especiales e) Dar atención de enfermería al paciente durante el tratamiento médico quirúrgico y administrar los medicamentos y cuidados al paciente de acuerdo con órdenes médicas y de enfermería f) Informar oportunamente al profesional sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe en los pacientes, familia, comunidad o medio ambiente g) Esterilizar, preparar y responder por el material, equipos y elementos a su cargo h) Brindar cuidado directo a los pacientes que requieran atención especial i) Identificar las dietas especiales para pacientes j) Prestar primeros auxilios en caso de accidentes k) Informar a Individuos y grupos de la comunidad sobre la existencia y utilización de los servicios de salud l) Preparar los servicios de consulta y colaborar con el médico en la prestación del servicio m) Diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo n) Realizar ingresos y egresos de pacientes ñ) Recibir y entregar turno o) Atender a la madre gestante y al recién nacido en sala de parto p) Verificar que este correcta la historia clínica y remitirla al archivo q) pasar ronda de enfermería r) Realizar adecuada validación y facturación de cuentas en urgencias y hospitalización para entregar la liquidación de las cuentas, realizar devoluciones previas al egreso y cobrar lo necesario en urgencias s) Responder por los errores a nivel de la facturación de recibos o falta de cobro de medicamentos o procedimientos al igual que por los descuadres de los stock de los servicios según los arqueos t) Vigilar el correcto funcionamiento de los equipos a su cargo, cuidando de estos mismo y evitando daños o robos u) Implementar la cultura del autocontrol en cada una de sus funciones y responsabilidades v) Desarrollar todos los pasos del proceso y procedimientos de su competencia w) Responder por los bienes y equipos a su cargo X) y demás actividades que desarrolle la ESE OCCIDENTE, en función del cumplimiento de su objeto social. Las actividades se desarrollarán de acuerdo a las necesidades que se presenten en la ejecución del contrato pudiendo circunscribirse a una o varias actividades específicas. (Fols. 29 a 31 C. de Pruebas)*

Del anterior contrato obra acta de inicio del contrato de prestación de servicios del 01 de septiembre de 2011 suscrita por la demandante y la Profesional Universitaria de la ESE OCCIDENTE, informe de actividades realizadas por la

demandante respecto al contrato firmado, comprobante de egreso No. 1527 del 04 de octubre de 2011 y comprobante de consignación del pago del referido mes por un valor de \$ 1.279.000 **(Fols. 32 a 34 C. de Pruebas)**

Se destaca que la demandante y la **Empresa Social del Estado de Occidente E.S.E.**, también suscribieron el **Contrato 180 del 01 de octubre de 2011** para que la demandante prestara sus servicios como auxiliar de enfermería en los Municipios de Timbiquí y López de Micay, por un término de duración de un (01) mes a partir del 01 de octubre de 2011 a 30 de octubre de 2011 por valor de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$ 1.279.000) sujeta al trámite administrativo previa presentación de cuenta de cobro respectiva, informe de actividades, soporte de pago de seguridad social y de la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrita por el supervisor del contrato. El objeto del contrato consistía:

*“(…) LA CONTRATISTA se compromete con LA ENTIDAD CONTRATANTE- ESE OCCIDENTE E.S.E a prestar servicios de apoyo a la gestión en el Área de la Salud (Auxiliar de Enfermería) a partir de las siguientes actividades: a) Arreglar la unidad y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como para la estadía del mismo en la institución b) Realizar acciones de enfermería de baja complejidad según las normas y el plan de acción de enfermería de la institución c) Instruir al paciente y a la familia en el proceso de rehabilitación a seguir d) Preparar al paciente y colaborar en los medios de diagnóstico y tratamientos especiales e) Dar atención de enfermería al paciente durante el tratamiento médico quirúrgico y administrar los medicamentos y cuidados al paciente de acuerdo con órdenes médicas y de enfermería f) Informar oportunamente al profesional sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe en los pacientes, familia, comunidad o medio ambiente g) Esterilizar, preparar y responder por el material, equipos y elementos a su cargo h) Brindar cuidado directo a los pacientes que requieran atención especial i) Identificar las dietas especiales para pacientes j) Prestar primeros auxilios en caso de accidentes k) Informar a Individuos y grupos de la comunidad sobre la existencia y utilización de los servicios de salud l) Preparar los servicios de consulta y colaborar con el médico en la prestación del servicio m) Diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo n) Realizar ingresos y egresos de pacientes ñ) Recibir y entregar turno o) Atender a la madre gestante y al recién nacido en sala de parto p) Verificar que este correcta la historia clínica y remitirla al archivo q) pasar ronda de enfermería r) Realizar adecuada validación y facturación de cuentas en urgencias y hospitalización para entregar la liquidación de las cuentas, realizar devoluciones previas al egreso y cobrar lo necesario en urgencias s) Responder por los errores a nivel de la facturación de recibos o falta de cobro de medicamentos o procedimientos al igual que por los descuadres de los stock de los servicios según los arqueos t) Vigilar el correcto funcionamiento de los equipos a su cargo, cuidando de estos mismo y evitando daños o robos u) Implementar la cultura del autocontrol en cada una de sus funciones y responsabilidades v) Desarrollar todos los pasos del proceso y procedimientos de su competencia w) Responder por los bienes y equipos a su cargo X) y demás actividades que desarrolle la ESE OCCIDENTE, en función del cumplimiento de su objeto social. Las actividades se desarrollarán de acuerdo a las necesidades que se presenten en la ejecución del contrato pudiendo circunscribirse a una o varias actividades específicas **(Fols. 35 a 37 C. de Pruebas)***

Dentro del plenario obra acta de inicio del contrato de prestación de servicios, atrás relacionado, del 01 de octubre de 2011 suscrita por la demandante y el Profesional Universitaria de la ESE OCCIDENTE, informe de actividades realizadas por la demandante respecto al contrato firmado, comprobante de egreso No. 1659 del 4 de noviembre de 2011, comprobante de consignación del pago del referido mes por un valor de \$ 1.279.000, pago de la seguridad social del mes de octubre por parte de la demandante **(Fols. 38 a 40 C. de Pruebas)**

La señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA suscribió **contrato de prestación de servicios No. 225 del 01 de noviembre de 2011** con la Empresa Social del Estado de Occidente E.S.E. por un término de duración a partir del **primero (01) de noviembre de dos mil once (2011) hasta el treinta (30) de noviembre de dos mil once (2011)** por un valor de UN MILLON DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL PESOS (\$1.279.000) pagaderos en dos cuotas quincenales de (2) cuotas vencidas por la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS PESOS (\$ 639.500) sujeta a trámite administrativo, previa presentación de cuenta de cobro respectiva, informe de actividades soporte de pago de seguridad social y de la constancia de recibo a satisfacción del servicio suscrita por el supervisor del contrato. El objeto del contrato consistía:

*“(…) LA CONTRATISTA se compromete con LA ENTIDAD CONTRATANTE- ESE OCCIDENTE E.S.E a prestar servicios de apoyo a la gestión en el Área de la Salud (Auxiliar de Enfermería) a partir de las siguientes actividades: a) Arreglar la unidad y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como para la estadía del mismo en la institución b) Realizar acciones de enfermería de baja complejidad según las normas y el plan de acción de enfermería de la institución c) Instruir al paciente y a la familia en el proceso de rehabilitación a seguir d) Preparar al paciente y colaborar en los medios de diagnóstico y tratamientos especiales e) Dar atención de enfermería al paciente durante el tratamiento médico quirúrgico y administrar los medicamentos y cuidados al paciente de acuerdo con órdenes médicas y de enfermería f) Informar oportunamente al profesional sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe en los pacientes, familia, comunidad o medio ambiente g) Esterilizar, preparar y responder por el material, equipos y elementos a su cargo h) Brindar cuidado directo a los pacientes que requieran atención especial i) Identificar las dietas especiales para pacientes j) Prestar primeros auxilios en caso de accidentes k) Informar a Individuos y grupos de la comunidad sobre la existencia y utilización de los servicios de salud l) Preparar los servicios de consulta y colaborar con el médico en la prestación del servicio m) Diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo n) Realizar ingresos y egresos de pacientes ñ) Recibir y entregar turno o) Atender a la madre gestante y al recién nacido en sala de parto p) Verificar que este correcta la historia clínica y remitirla al archivo q) pasar ronda de enfermería r) Realizar adecuada validación y facturación de cuentas en urgencias y hospitalización para entregar la liquidación de las cuentas, realizar devoluciones previas al egreso y cobrar lo necesario en urgencias s) Responder por los errores a nivel de la facturación de recibos o falta de cobro de medicamentos o procedimientos al igual que por los descuadres de los stock de los servicios según los arqueos t) Vigilar el correcto funcionamiento de los equipos a su cargo, cuidando de estos mismo y evitando daños o robos u) Implementar la cultura del autocontrol en cada una de sus funciones y responsabilidades v) Desarrollar todos los pasos del proceso y procedimientos de su competencia w) Responder por los bienes y equipos a su cargo X) y demás actividades que desarrolle la ESE OCCIDENTE, en función del cumplimiento de su objeto social. Las actividades se desarrollarán de acuerdo a las necesidades que se presenten en la ejecución del contrato pudiendo circunscribirse a una o varias actividades específicas. **(Folios 5 a 7 del C. Principal No.1 y 45 a 50 cuaderno de pruebas)***

Como soporte de la realización del anterior contrato existe el acta de inicio, el informe de actividades, pago de la seguridad social del mes de noviembre de 2011 y comprobante de egreso No. 1852 del 17 de diciembre de 2011 **(Fols. 51 a 54 c. pruebas)**

De acuerdo a lo previsto, la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA suscribió contratos de prestación de servicios con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE ESE entre el 01 de septiembre de 2011 al 30 de septiembre de 2011, 01 de octubre de 2011 a 30 de octubre de 2011 y del 01 de noviembre de

2011 a 30 de noviembre de 2011, cuyo objeto era realizar actividades como auxiliar de salud, labores sobre las cuales se ejercería supervisión y coordinación a través del interventor designado.

Como soporte, existen actas de inicios de los contratos efectuados durante las fechas atrás relacionadas, informes de actividades expedidas por la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE ESE, en las que consta que la demandante desarrolló las labores contratadas recibiendo los valores que a continuación se relacionan:

| FECHA<br>DE PAGO | VALOR<br>PAGADO |
|------------------|-----------------|
| 01/09/2011       | \$ 1.279.000    |
| 01/10/2011       | \$ 1.279.000    |
| 17/12/2011       | \$ 383.700      |
| TOTAL            | \$ 2.941.700    |

En este punto, es importante resaltar que en declaración rendida ante este despacho, el 30 de julio de 2020, de manera virtual por el señor OSCAR ALEGRIA SINISTERRA, Tesorero encargado de la ESE OCCIDENTE, en su declaración sostuvo que la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA estuvo vinculada a dicha entidad, desde el 01 de noviembre de 2011 al 15 de noviembre de 2012 en la ESE de occidente, punto de atención Timbiquí, sin embargo no obra en el plenario los contratos que demuestren la vinculación de la actora en el año 2012 y en el mes de diciembre de 2011, con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE ESE.

“**PREGUNTADO:** sírvase informar si la señora Raquel Mosquera Góngora estuvo vinculada entre el 01 de noviembre de 2011 al 15 de noviembre de 2012 en la ESE de occidente, punto de atención Timbiquí **CONTESTO:** Si señor, si estuvo vinculada con la ESE de occidente, pero por un proceso tercerizado, por medio de unas cooperativas, recuerdo yo que la vinculación la ESE OCCIDENTE la hizo una vinculación directa por medio de una OPS, como por 4 meses más o menos y de allí en adelante la contrataron con una cooperativa **PREGUNTADO:** sírvase informar el nombre de la cooperativa y la representante legal **CONTESTO:** La verdad, la cooperativa se llama ASTEMPORALES, nosotros contratamos con ASTEMPORALES, y con ACTUAR SOLUCIONES, no recuerdo en cuál de ellas la vincularon **PREGUNTADO:** Sírvase informar sin durante la vinculación con la ASTEMPORALES, la que usted menciona, estas entidades estaban en la obligación de garantizar, algunos conceptos a título de prestaciones sociales, en caso afirmativo, recuerda cuales **CONTESTO:** Naturalmente que si, seguridad social, concerniente a salud y pensión, **PREGUNTADO:** y prestaciones sociales recuerda si también estaban garantizadas allí, **CONTESTO:** naturalmente que si, la temporal o la cooperativa estaba en la obligación de asegurarle al empleado su salud y su pensión, y las cesantías, no se cómo era la forma de vinculación con ellos, no conozco como era el pago de las cesantías, no sé si eran pagos integrales como lo hizo la ESE OCCIDENTE”

Por lo anterior se concluye que dentro del plenario no obra prueba que demuestre que la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA laboró con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO ESE OCCIDENTE DEL MUNICIPIO DE TIMBI (CAUCA), en el año 2012 y en el mes de diciembre del año 2011.

En el proceso también se demostró que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E. celebró contratos de prestación de servicios con la ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD –ASOSALUD desde el 01 de julio de 2012 hasta el 31 de agosto de 2012, 01 de octubre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012 y desde el 01 de diciembre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.

i) La prestación personal del servicio

En cuanto al elemento de la prestación personal del servicio, así como la remuneración del mismo, estos quedan consignados en los contratos de prestación de servicios.

En el caso concreto, se tiene certeza de la prestación efectiva del servicio, así como la remuneración del mismo, respecto a los contratos suscritos en forma directa entre la ESE OCCIDENTE y la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA, así:

| NÚMERO DEL CONTRATO | FECHA DE SUSCRIPCIÓN | VIGENCIA                | DURACION | VALOR       | FOLIOS            |
|---------------------|----------------------|-------------------------|----------|-------------|-------------------|
| 54                  | 01-09-2011           | 01-09-2011 a 30-09-2011 | 1 mes    | \$1.279.000 | 29-31 C. Pruebas  |
| 180                 | 01-10-2011           | 01-10-2011 a 30-10-2011 | 1 mes    | \$1.279.000 | 35- 37 C. Pruebas |
| 225                 | 01-11-2011           | 01-11-2011 a 30-11-2011 | 1 mes    | \$1.279.000 | 45-50 C. Pruebas  |

De esta manera hay prueba respecto de los elementos de prestación personal y remuneración, respecto de estos contratos celebrados por la demandante en forma directa con la ESE.

En relación con el año 2012 y el mes de noviembre de 2011, como se indicó no obra prueba, que permita establecer la efectiva prestación de servicios, lo que permite concluir que no se demostraron los dos primeros elementos del contrato realidad para dicho periodo. En consecuencia, continuará el Juzgado con el análisis del caso solo en relación con los servicios prestados entre 01 de septiembre de 2011 al 30 de septiembre de 2011, 01 de octubre de 2011 a 30 de octubre de 2011 y del 01 de noviembre de 2011 a 30 de noviembre de 2011, en forma directa, se itera, porque en relación con los restantes períodos no se logró demostrar ni la prestación personal del servicio, ni la remuneración.

ii) La subordinación

Como se mencionó en acápite anterior, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han referido desde el año 1997 (Sentencia C-154) que:

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

De esta manera, correspondía a la parte actora demostrar este elemento, con fines de lograr sentencia favorable a sus pretensiones, respecto a los períodos comprendidos entre 01 de septiembre de 2011 al 30 de septiembre de 2011, 01 de octubre de 2011 a 30 de octubre de 2011 y del 01 de noviembre de 2011 a 30 de noviembre de 2011, que como se advierte son los únicos en los que se demostraron la prestación personal y la remuneración.

Para el efecto se solicitó con la demanda prueba testimonial, de las señoras ZORAIDA VENTE ARRECHEA, MARIA JANET PALOMINO y el señor OSCAR ALEGRIA SINISTERRA, quienes concurrieron a la continuación de audiencia de pruebas realizada el 30 de julio de 2020, de manera virtual.

La señora ZORAIDA VENTE ARRECHEA, identificada con la C.C No. 25.717.807 bajo la gravedad del juramento, sostuvo lo que a continuación se relaciona en sus partes pertinentes:

**“PREGUNTADO:** Zorayda, primero sírvase manifestar al Despacho si conoce a Raquel Mosquera Góngora, en caso afirmativo de su respuesta, diga porque la conoce, donde la conoce, y desde que fecha la conoce **CONTESTO:** La conocí en la ESE Occidente de Timbiquí (Cauca), la fecha más o menos del 2011. **PREGUNTADO:** ya que usted ha manifestado que conoce a la señora Raquel Mosquera Góngora, sírvase manifestar al despacho exactamente en qué lugar la conoció y en ocasión a que circunstancia. **CONTESTO:** En la ESE de Occidente Timbiquí Cauca, laborando, compañera de trabajo. **PREGUNTADO:** Señora Zoraida, usted me puede decir en qué periodo refiriéndome a fecha de ingreso y de egreso, de entrada y de salida, fue usted compañera de trabajo de la señora Raquel Mosquera Góngora **CONTESTO:** pues imagínese que mucho tiempo, no, pero más o menos, si del 2011 al 2012. **PREGUNTADO:** cuando usted conoció a la señora Raquel trabajando en la ESE de Occidente que labores desarrollaba ella, en que área estaba trabajando **CONTESTO:** Tomando exámenes, el área laboratorio, tengo entendido que ella ingreso con un programa de TBC, y si tomaba exámenes, salía a brigada, si señora eso. **PREGUNTADO:** usted me puede decir en qué jornada laboral trabajaba Raquel, primero cuantos días a la semana, refiriéndome de lunes a domingo y segundo me puede decir la jornada laboral de ella refiriéndome ahora ingresos por la mañana, salida o turnos, considerada por turnos **CONTESTO:** si señora, de lunes a sábado, de lunes a viernes de 7 , de 8 a 12 y de 2 a 6; sábados de 8 a 12, cuando era en brigada uno trabaja festivos y domingo, o no sé cómo era la brigada de ella **PREGUNTADO:** sírvase manifestar al despacho de quien recibía órdenes directas la señora Raquel Gongora, como su jefe. **CONTESTO:** a caramba, bueno, directamente pues yo trabajaba en área de urgencias, ella laboratorios, directamente pues el jefe de nosotros era la señora de parte de Maribel, era una cooperativa, ya, en ese tiempo quien estaba, eran demasiados jefes, si el jefe directamente era una cooperativa, donde a uno, pues, le decían todo a uno, el jefe directamente el más cercano no me acuerdo **PREGUNTADO:** había un jefe de enfermería, un jefe que se encargara de hacer los turnos, un jefe inmediato el más cercano a ustedes, el más cercano, el inmediato. **CONTESTO:** si mami, nosotros, yo de enfermera auxiliar, yo trabajaba en urgencias, el mío era el jefe Huber, pero ella era laboratorio, no sé exactamente, no me acuerdo quien el mismo jefe, ella dice que es el mismo, jefe Huber”.

En la anterior respuesta la testigo expresa que no recuerda quien era el Jefe inmediato de la demandante, pero al finalizar manifiesta que es el mismo Jefe que la dirigía a ella, pero dicha respuesta fue objetada puesto que recibió ayuda de una tercera persona; dicho lo anterior, resulta evidente que la testigo no sabía con exactitud quien era el jefe directo de la actora.

La señora MARIA JANET PALOMINO, identificada con la C.C No. 25.252.278, bajo la gravedad del juramento expresó lo siguiente:

**“PREGUNTADO:** Manifieste al despacho si conoce a la señora Raquel Mosquera Góngora, caso afirmativo de su respuesta, diga por que la conoce, donde la conoció y desde que fecha la conoce. **CONTESTO:** Pues si conozco a la señora Raquel Mosquera, fuimos compañeras de estudio, trabajamos en el mismo hospital, porque ella trabajaba aquí en el hospital, yo también trabajaba, aunque ella trabajaba en el área de consulta externa y yo en la parte de urgencias, ella en laboratorio y yo en urgencias y la conozco hace muchos años,

no me recuerdo desde cuando conozco a Raquel Mosquera. **PREGUNTADO:** ya que usted manifiesta que conoce a la señora Raquel Mosquera Góngora, y que trabajaron en el hospital en la ESE Occidente según entiendo, sírvase manifestar a despacho en qué periodo laboral estuvo la señora Raquel Mosquera, vinculada refiriéndome a la fecha de ingreso y la fecha de salida **CONTESTO:** la fecha de ingreso no la tengo bien clara, pero me parece que fue como en septiembre de 2011 y trabajo hasta el 15 de noviembre de 2012 (...)

**PREGUNTADO:** Sírvase manifestar la despacho que actividades o funciones vía usted desempeñar a la señora Raquel ahí en la ESE Occidente **CONTESTO:** Las actividades que vía que ella desarrollaba pues estaba en el laboratorio, colaboraba con algunas actividades en el laboratorio, salía a hacer búsqueda de sintomáticos respiratorios, salía en las brigadas, cuando íbamos a hacer brigadas médicas y brigadas de vacunación, hacer búsqueda de asintomáticos respiratorios, ella manejaba el programa de tuberculosis (...)

**"PREGUNTADO:** Sírvase manifestar de quien recibía órdenes la señora Raquel. **CONTESTO:** Hay si no se doctora las órdenes de ella quien se las daba, porque yo estaba en urgencias y las ordenes en urgencias pues uno en urgencias tiene su Jefe y no sé si las ordenes de ella, no, realmente no se quien daba las órdenes de ella. **PREGUNTADO:** En su concepto quien era el jefe inmediato de Raquel Mosquera Gongora **CONTESTO:** Doctora no, por eso le digo, ahí exactamente no sé si la jefe de ella era la Jefa de PIP o el Jefe de Laboratorio, porque yo la ví a ella en el Laboratorio, el Jefe inmediato de ella no sé quién era"

En ese sentido, esta instancia no encuentra acreditado a través de la prueba testimonial ni de la prueba documental obrante en el proceso, que la demandante recibía órdenes para la prestación del servicio como auxiliar de salud entre los períodos comprendidos entre 01 de septiembre de 2011 al 30 de septiembre de 2011, 01 de octubre de 2011 a 30 de octubre de 2011 y del 01 de noviembre de 2011 a 30 de noviembre de 2011 por parte de los Directivos del Hospital; que tuviera como Jefe al Inmediato Superior; que hubiera tenido que solicitar permisos para ausentarse de sus labores por cualquier causa; que le hicieran llamados de atención, memorandos, comunicaciones, circulares, u otros medios a través de los cuales se hubieren dado dichas órdenes; en contrario si está demostrado que las labores o servicios contratados son los expresamente relacionados en el objeto de los contratos de prestación de servicios que había suscrito y que mes a mes entregaba a la entidad por escrito, en las cuales relacionaba cada una de las labores que realizaría<sup>9</sup>, las cuales se plasmaron en cada contrato, como contratista la señora RAQUEL MOSQUERA GONGORA<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Folio 26 reverso – 52 - 58 C. pruebas.

<sup>10</sup> "(...)CLÁUSULA PRIMERA.- OBJETO: LA CONTRATISTA se compromete con LA ENTIDAD CONTRATANTE - ESE OCCIDENTE E.S.E a Prestar servicios de apoyo a la gestión en el Área de la Salud (Auxiliar de Enfermería), a partir de las siguientes actividades: a) Arreglar la unidad y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como para la estadía del mismo en la institución b) Realizar acciones de enfermería de baja complejidad según las normas y el plan de acción de enfermería de la institución c) Instruir al paciente y a la familia en el proceso de rehabilitación a seguir d) Preparar al paciente y colaborar en los medios de diagnóstico y tratamientos especiales e) Dar atención de enfermería al paciente durante el tratamiento médico quirúrgico y administrar los medicamentos y cuidados al paciente de acuerdo con órdenes médicas y de enfermería f) Informar oportunamente al profesional sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe en los pacientes, familia, comunidad o medio ambiente g) Esterilizar, preparar y responder por el material, equipos y elementos a su cargo h) Brindar cuidado directo a los pacientes que requieran atención especial i) Identificar las dietas especiales para pacientes j) Prestar primeros auxilios en caso de accidentes k) Informar a individuos y grupos de la comunidad sobre la existencia y utilización de los servicios de salud l) Preparar los servicios de consulta y colaborar con el médico en la prestación del servicio m) Diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo n) Realizar ingresos y egresos de pacientes ñ) Recibir y entregar turno o) Atender a la madre gestante y al recién nacido en sala de parto p) Verificar que esté correcta la historia clínica y remitirla al archivo q) Pasar ronda de enfermería r) Realizar la adecuada validación y facturación de cuentas en urgencias y hospitalización para entregar la liquidación de las cuentas, realizar devoluciones previas al egreso y cobrar lo necesario en urgencias s) Responder por los errores a nivel de la facturación de recibos o falta de cobro de medicamentos o procedimientos al igual que por los descuadres de los stock de los servicios según los arqueos t) Vigilar el correcto funcionamiento de los equipos a su cargo, cuidando de estos mismos y evitando daños o robos u) Implementar la cultura del autocontrol en cada una de sus funciones y responsabilidades y) Desarrollar todos los pasos del proceso y procedimientos de su competencia w) Responder por las bienes y equipos a su cargo. X) Y demás actividades que desarrolle la ESE OCCIDENTE, en función del cumplimiento de su Objeto Social. Las actividades se

Ahora, si bien se demuestra que la prestación del servicio se desarrollaba parcialmente en las instalaciones del hospital y en otros momentos por fuera del mismo a través de la realización de brigadas externas, dicha situación por sí sola no es constitutiva de subordinación continuada, ello en tanto que, pese a constituir un indicio de esta, no se advierte del caudal probatorio allegado al expediente, otros elementos de subordinación de la demandante frente a la ejecución de labores contratadas de manera exclusiva a la Empresa Social del Estado E.S.E OCCIDENTE DE TIMBIQUÍ - CAUCA, lo cual, se itera, correspondía a la parte demandante demostrarlo.

En este sentido se pronunció el consejo de Estado en la sentencia de junio de 2016 acabada de citar, en la que habló sobre la carga de la prueba en relación con el elemento de la subordinación:

*“(…) Para la Sala el material probatorio aportado al expediente no es suficiente para demostrar otros elementos distintos a la prestación personal del servicio y la remuneración, es decir, no se acreditó de manera inequívoca la **subordinación** y por ende, no es dable inferir que en realidad sí existió una relación laboral.*

*En efecto, la parte actora no aportó documento alguno a través del cual se le llamara la atención o se le impusiera cierta orden no susceptible de ser discutida ni se comprobó la obligación de cumplir con ciertas metas u observar determinados métodos en la realización de sus labores, razón por la cual no se logró desvirtuar la simple facultad de supervisión que el contratante tiene sobre el contratista y que puede darse perfectamente dentro de una orden de prestación de servicios.*

*Sobre el particular, es preciso señalar que las entidades públicas tienen la obligación de vigilar de manera permanente la correcta ejecución de los contratos que hayan celebrado, ya sea por intermedio de un supervisor o interventor, lo cual en ningún momento significa que se esté dando una relación de subordinación como lo pretende demostrar la parte demandante y el cual es requisito necesario para que se configure una relación laboral.*

*Para la Sala, no fueron suficientes los elementos de prueba para configurar en el presente caso la existencia de la relación de tipo laboral, ya que no se acreditó que a la demandante se le impartieran órdenes de perentorio cumplimiento.*

*No siendo suficientes entonces los elementos de prueba atrás referenciados, para demostrar todos y cada uno de los elementos requeridos para la existencia de una relación laboral a contrario de la contractual, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, debiéndose proceder a confirmar la sentencia apelada.”*

Y de manera más reciente, 26 de julio de 2018<sup>11</sup> sobre la carga de la prueba, reitera:

*“...De acuerdo con lo anterior, reitera esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo...*

*Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios esta la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual<sup>12</sup>, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes<sup>13</sup>.*

---

*desarrollaran de acuerdo a las necesidades que se presenten en la ejecución del contrato, pudiendo circunscribirse a una o varias actividades específicas.” (Folio 5 a 7 del C. Principal No.1)*

<sup>11</sup> C. Estado, Sección Segunda, Sub sección A, sentencia 26 de julio de 2018, rad. número 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14)

<sup>12</sup> Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

*De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.*

*Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura<sup>14</sup> y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal<sup>15</sup>.*

*Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) subordinada de manera continuada; y iii) remunerada.*

*En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.*

*En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.<sup>16</sup>*

Así las cosas además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, por ende se concluye que la parte demandante no logró demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente la subordinación, lo que no se logró.

Corresponde manifestar que el operador judicial, en este caso el Juez Administrativo, debe basar su decisión con fundamento todas aquellas pruebas allegadas en la oportunidad y formas legales debidas, por lo que está a cargo de la parte demandante, al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del CPG, demostrar de manera fehaciente los fundamentos de hecho y de derecho alegados con la demanda, y es así como bajo las orientaciones de la Jurisprudencia Nacional y con base en el principio de la carga de la prueba, correspondía a la parte accionante recaudar y hacer llegar al proceso todos aquellos medios que den certeza y conduzcan una decisión favorable a las pretensiones.

Dice en relación a este tema el H. Consejo de Estado<sup>17</sup>:

<sup>13</sup> Ver sentencia C-614 de 2009.

<sup>14</sup> Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

<sup>15</sup> C-614 de 2009.

<sup>16</sup> Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 5 de noviembre de 2015.

*“La carga de la prueba es “una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la auto responsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”.*

En otro pronunciamiento ha expresado la Alta Corporación<sup>18</sup>:

*“De igual forma, el artículo 164 del mismo estatuto señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, siempre que se relacionen con los supuestos fácticos objeto de controversia.*

*Sobre el punto, se debe tener en cuenta que “...la importancia de la prueba está en relación directa con el principio de necesidad. Se requiere ineludiblemente la prueba para demostrar los hechos que han de servir de sustento a la aplicación del derecho y el juez no está llamado a subsanar la falta de pruebas con el mero conocimiento privado o personal”.*

*En términos de la Corte Constitucional, “...las pruebas judiciales son los medios señalados por el legislador para crear en el juzgador la certeza o el convencimiento sobre la verdad de los hechos que son materia de los procesos respectivos, con el fin de que el mismo aplique el ordenamiento positivo a los casos concretos”.*

Por lo anterior, considera el juzgado que la parte actora no desplegó el suficiente esfuerzo probatorio para demostrar los hechos en que se funda la demanda, en especial el elemento de la subordinación, requisito imprescindible para fallar a su favor, por lo que deben negarse las pretensiones de la demanda, dirigidas a que se declare la existencia de relación laboral y en forma consecuencial se ordene el reconocimiento y pago de la prestaciones sociales, indemnizaciones y sanciones solicitadas.

#### 4. Costas

Dispone el artículo 188 del CPACA que hay lugar a condena en costas de conformidad con lo previsto en el Código General del Proceso. Por lo anterior, de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del CGP, el despacho se abstendrá de condenar en costas, al no encontrar acreditada su causación.

### V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

#### RESUELVE:

**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la motivación contenida en la parte considerativa de la presente providencia.

**SEGUNDO:** Sin costas, según lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Liquídense y devuélvanse los gastos del proceso, se a ello hubiere lugar y archívese el expediente una vez ejecutoriada esta providencia.

---

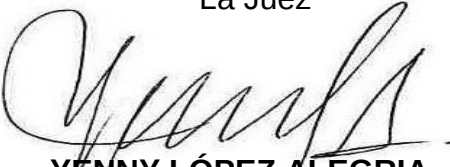
<sup>18</sup>Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 110010315000200601308 00.

|                  |                                                                                                  |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Expediente N°    | 190013333007 2016 00271 00                                                                       |
| Actor            | RAQUEL MOSQUERA GONGORA                                                                          |
| Demandados       | EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO OCCIDENTE E.S.E.-<br>ASOCIACION SINDICAL PERSONAL DE LA SALUD-ASOSALUD |
| Medio de control | NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO                                                           |

**CUARTO.-** La presente decisión deberá notificarse de conformidad con lo previsto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Juez



**YENNY LÓPEZ ALEGRIA**