



República de Colombia

Rama Judicial del Poder Público

Juzgado Once Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja

Tunja, veintidós (22) de junio de dos mil quince (2015)

Referencia 150013333011-2013-00202

Medio de Control Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante DEGNY SOLANDY ROMERO MUÑOZ

Demandado E.S.E. HOSPITAL JOSE CAYETANO VÁSQUEZ

De conformidad con lo previsto en los artículos 181 y 187 del C.P.A.C.A., decide el Despacho en primera instancia sobre la demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho instaurada por DEGNY SOLANDY ROMERO MUÑOZ en contra de la E.S.E. HOSPITAL JOSE CAYETANO VÁSQUEZ DE PUERTO BOYACA.

I. ANTECEDENTES

1 Objeto de la Acción

La señora DEGNY SOLANDY ROMERO MUÑOZ por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin de obtener la declaratoria de la nulidad del Oficio O.G.H.J.C.V.- 024-2013 del 21 de febrero de 2013, mediante el cual se niega el reconocimiento de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales y los demás emolumentos laborales reclamados.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare que entre la E.S.E. HOSPITAL JOSE CAYETANO VÁSQUEZ DE PUERTO BOYACA y la demandante, existió una relación laboral, por cuanto se dan los elementos propios para ello, dentro del lapso comprendido entre el 1 de octubre de 2003 al 31 de enero de 2012. Así mismo solicita que se condene a la Entidad a reconocer, liquidar y cancelar a la accionante los haberes laborales causados, factores salariales y prestaciones que se reconozcan y paguen al personal de planta en igualdad de condiciones.

Así mismo, pide que se condene a la Entidad demandada a reintegrar a favor de la demandante el valor de los aportes al régimen de seguridad social, en salud, pensiones riesgos profesionales y compensación familiar; que se reintegren los dineros correspondientes a retención en la fuente, IVA e ICA, descontados y pagados por la accionante como contratista de prestación de servicios; pide la indexación de las sumas adeudadas a la actora, que se ordene cancelar en los términos de la Ley 1437 de 2011 y se condene en costas y agencias a la Entidad demandada.

2. Fundamentos Fácticos:

Como sustento de las pretensiones el apoderado de la parte actora narra, los hechos que enseguida se resumen:

Refiere que DEGNY SOLANDY ROMERO MUÑOZ fue vinculada laboralmente por la E.S.E. HOSPITAL JOSE CAYETANO VÁSQUEZ DE PUERTO BOYACA, a través de la celebración de múltiples contratos de prestación de servicios y órdenes de prestación de servicios, sin solución de continuidad directamente y a través de la intermediación de diversas cooperativas (COEXTRA, COOPTRASONAL y SANARTE) desde el 1 de octubre de 2003 hasta el 31 de enero de 2012; la demandante durante el vínculo con la entidad HOSPITAL JOSE CAYETANO VASQUEZ E.S.E., se desempeñó como FISIOTERAPEUTA; durante la vinculación de la demandante le tocó asumir y pagar sobre los ingresos recibidos, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales y los descuentos correspondientes a impuestos, advierte que durante el lapso referido, se materializaron los elementos propios de una relación laboral esto es el de subordinación, servicio en forma personal y remuneración respecto de la Entidad demandada.

3. Normas Violadas y Concepto de Violación.

El apoderado de la parte actora señala como vulnerados los artículos 1, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; así como el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la Ley 4 de 1992, la Ley 100 de 1993 artículos 15,17,18,20,22,23,128, 157, 161, y 20, la Ley 332 de 1996 el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, artículo 51 del Decreto 1848 de 1968 y el artículo 25 del Decreto 1045 de 1968.

Refiere que la Entidad desconoce lo previsto en el artículo 53 de la C.P., esto es el principio fundamental de primacía de la realidad sobre las formalidades legales pues la realidad material indica que el actor prestó sus servicios de forma

personal al Hospital demandado, encontrándose plenamente subordinada al mismo quien impuso reglamentos y condiciones en la prestación de sus servicios recibiendo unos emolumentos que la Entidad denominó honorarios.

4. Contestación de la demanda.

La E.S.E. Hospital José Cayetano de Puerto Boyacá, por intermedio de apoderado presentó escrito de contestación dentro de término legal, en el que manifiesta que se opone a la prosperidad de las pretensiones.

Argumenta que lo que realmente existió fue una relación contractual a través de contratos de prestación de servicios, celebrados de conformidad con las normas vigentes para la época de los hechos y no la relación laboral que pretende hacer valer la parte actora.

Propuso las excepciones que denominó: "*Presunción de legalidad del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006 por medio del cual se reglamentó el funcionamiento de las Cooperativas de Trabajo Asociado.*", "*Caducidad o prescripción de la acción para reclamar prestaciones a la ESE HOSPITAL JOSE CAYETANO VASQUEZ DE PUERTO BOYACA*", "*Falta de causa legal para promover la acción*", "*Haberse dado a la demanda un trámite distinto al legalmente establecido en el CPACA*" las citadas excepciones fueron tratadas en el curso de la audiencia inicial, celebrada el 17 de marzo de 2015 (fls. 229-236), solo la concerniente a "*la caducidad o prescripción de la acción*", será estudiada en el fallo, de declararse la existencia de derecho frente a las pretensiones de la demandante.

II. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto de fecha 7 de noviembre de 2013 (fls. 8,79), ordenando notificar personalmente a la entidad demandada (fl. 84) la cual contestó en forma oportuna (fls.96-128).

Mediante auto de fecha 5 de febrero de 2015, se fijó fecha para llevar a cabo audiencia inicial (fl. 219), la cual se realizó el 17 de marzo de 2015 (fls. 229-236) y en ésta se dispuso como fecha para adelantar audiencia de pruebas el día 6 de mayo, fecha en la que se efectuó (fls. 370-377), se logró el recaudo probatorio y se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento (fls. 370-377)

1.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte actora presentó alegatos de conclusión dentro del término señalado para el efecto (fls. 388-391). Advirtió que de conformidad con a prueba testimonial recaudada, se pudo probar que entre la entidad demandada y la demandante se trabó una relación de carácter laboral, pues quedó acreditada la subordinación respecto del Gerente y el Subdirector Científico de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá.

Advierte que el testigo fue claro al manifestar que quien les cancelaba el salario era el Hospital y ante cualquier inconformidad respecto del pago debían dirigirse a reclamar a la misma Entidad, además afirmó que el Hospital les exigía firmar los contratos con las cooperativas so pena de perder el trabajo.

Refiere que de las pruebas documentales que obran en el plenario, se puede verificar la continuidad del servicio prestado por la actora y por consiguiente se acreditó que la demandante siempre estuvo subordinada por un único empleador consistente en la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, a quien le prestó sus servicios personales, recibiendo a cambio de ellos una contraprestación económica.

El apoderado de la entidad demandada presentó escrito (fls. 392-409) en el que señala que en el presente caso no existe ni ha existido relación laboral alguna entre la señora DEGNY SOLANDY y la E.S.E., toda vez que la vinculación existente fue producto de contratos de prestación de servicios profesionales, la cual facturaba de acuerdo a los servicios prestados y no existía subordinación, solo se requería la atención de pacientes dentro de las horas hábiles y en la medida que fuera requerido su servicio.

Reitera que en la planta de personal del Hospital, no se encuentran incluidos los cargos de fisioterapeuta, como es el caso de la demandante, motivo por el cual se hace necesario externalizar los procesos para la garantizar la prestación del servicio de salud.

Afirma que lo único que tiene el Hospital en materia contractual, es un contrato para el desarrollo de procesos al interior del hospital, realizado con las cooperativas de trabajo asociado COOEXTRA, SANARTE y COOPTRASONAL, de las cuales la demandante es o era asociada y por ende son las Cooperativas las que deben entrar a responder por las compensaciones o dineros que le pueda estar adeudando.

Refiere que de conformidad con la normatividad existente, específicamente el Decreto 536 de 2004, establecía la posibilidad de que las empresas sociales del Estado, podían desarrollar funciones mediante la contratación de terceros, tales como las cooperativas de trabajo asociado, con el fin de externalizar los servicios y flexibilizar las operaciones de los hospitales públicos, en concordancia con las disposiciones del Ministerio de Protección Social y en concordancia con lo establecido en la sentencia T-069 de 2001, en concordancia con lo preceptuado en el Decreto 785 de 2005 y la Ley 812 de 2003.

Resalta que de conformidad con lo previsto en el Decreto 4588 de 2006, el trabajo asociado cooperativo se rige por sus propios estatutos, en consecuencia, no le es aplicable la legislación laboral ordinaria que regula el trabajo dependiente.

Advierte que el acto demandado no puede considerarse propiamente como un acto administrativo, en tanto no decide de fondo ni produce efectos jurídicos, hecho que determina que no se trata de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

II. CONSIDERACIONES

Finiquitado así el trámite del proceso y encontrando el Despacho reunidos los presupuestos procesales y la ausencia de causal alguna de nulidad que invalide en todo o en parte lo actuado dentro del presente proceso, se profiere decisión de fondo en el asunto objeto de litis.

1. PROBLEMA JURÍDICO.

La controversia se contrae a determinar si existió relación laboral entre la señora Degny Solandy Romero Muñoz y la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, durante el período comprendido entre el 1 de octubre de 2003 al 31 de enero de 2012 y por ende si le asiste derecho a que le sean reconocidos los haberes y prestaciones propios de un fisioterapeuta o empleado similar de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá. Por ende si hay lugar a declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio O.G.H.J.C.V.-024-2013 por medio del cual se negaron las peticiones solicitadas por la accionante.

Así mismo deberá el Despacho entrar a estudiar la relación existente entre la demandante, las cooperativas y la entidad demandada, para determinar si por intermedio de la estas se vinculó indirectamente a la accionante con la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez.

I) DE LAS EXCEPCIONES

Las excepciones propuestas por el apoderado de la entidad demandada, fueron resueltas en audiencia inicial, adelantada el 17 de marzo de 2015.

Tal como se señaló en la citada audiencia, frente a la excepción que denominó **“prescripción de la acción para reclamar prestaciones a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá”** será estudiada sólo en caso de que prosperen las pretensiones como quiera que para el Despacho no resulta procedente analizarla en forma previa, pues en primer término se debe establecer si existió o no el derecho, lo contrario implicaría que eventualmente se harían pronunciamientos respecto de la prescripción de derechos que nunca existieron.

II) NORMATIVA APLICABLE

2.1. DE LA RELACIÓN LABORAL

El derecho al pago de prestaciones sociales para quienes han sido vinculados mediante órdenes de prestación de servicios procede, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (art. 53 C.P.), cuando se demuestra la existencia de los tres elementos propios de una relación de trabajo, cuales son: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación laboral.

En especial resulta primordial establecer la existencia de la subordinación dado que este elemento es el que marca la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y una relación laboral. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia C- 154 de 1997, al analizar las diferencias existentes entre la vinculación de personal por contrato de trabajo y por orden de prestación de servicios, así:

“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. ¹ (Negrilla fuera de texto)

Para establecer la subordinación de las personas que se encuentran vinculadas mediante contrato de prestación de servicios el Consejo de Estado ha señalado que es necesario realizar un análisis juicioso, por cuanto no basta acreditar el cumplimiento de horario o una relación coordinada entre la entidad y el contratista, adicionalmente una vez acreditada la subordinación, la reparación del daño debe materializarse de conformidad con los honorarios percibidos, si el cargo no existe en la planta de personal, tal como se destacó en sentencia de unificación proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la que se precisó:

“No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión.

*El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.”*²

En reciente jurisprudencia se concretan los elementos o requisitos que deben considerarse para que se configure la existencia de un contrato realidad así:

¹ Sentencia C- 154 de 19 - 03-1997 M.P. Hernando Herrera Vergara

² C.E. S2 19 de febrero de 2009. Rad. No. 730012331000200003449-01(3074-2005) C.P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez

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

*Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora **demostrar la permanencia**, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,³ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

*Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, por este sólo hecho de estar vinculado **no se le puede otorgar la calidad de empleado público**, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos”⁴*

Específicamente respecto a las órdenes de prestación de servicios de quienes prestan servicios de salud, el Consejo de Estado, ha referido que si bien es cierto es procedente la suscripción de órdenes de prestación de servicios en dos casos: cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta o cuando se requiera de conocimientos especializados, corresponde al Juez hacer un análisis sustancial particular de cada caso:

“Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

Por otra parte, se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de órdenes 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

³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁴ C.E. S.2. S.B 10 de julio de 2014 Rad. No. 05001-23-31-000-2001-00102-01 referencia 2661-2012. C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso”⁵

Así las cosas, la prosperidad de las pretensiones sólo se podrá determinar en el caso concreto luego de efectuada la valoración de las probanzas para establecer si en la prestación del servicio existió subordinación o coordinación.

2.2. DE LA VINCULACION A TRAVES DE COOPERATIVAS DE TRABAJO

El Decreto 4588 de 2006⁶ definió en su artículo 1º a las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, como organizaciones sin ánimo de lucro perteneciente al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general. En cuanto al objeto social de estas organizaciones solidarias, tienen la finalidad de generar y mantener trabajo para los asociados de manera autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, según se determina del artículo 2º.

El Consejo de Estado ha precisado que la intermediación laboral por parte de cooperativas no impide que el ente público accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador, cuando se determine que la intervención de cooperativas ha sido utilizada para disimular el vínculo laboral de subordinación.

⁵ C.E.S.2.Sb. A. 13 de febrero de 2014. Rad. No. 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13). C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. En similar sentido ver C.E.S.2.Sb.A 10 de febrero de 2011 Rad. Rad. No. 73001-23-31-000-2008-00081-01 (1618-09) C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

⁶ Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988. (Esta normativa se cita con fines ilustrativos para el desarrollo del tema, pues es posterior a los supuestos de hecho enunciados en este proceso).

“En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa. Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral. Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el “Hospital Engativá II Nivel, E.S.E” de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.”⁷

En más reciente jurisprudencia el órgano de cierre señaló:

“En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que si existe dependencia del trabajador frente a

⁷ C.E. S.2.Sb.B, 23 de febrero de 2011. Rad. No. 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09) C.P.Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

A16

ella y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar de que no se encuentra vinculado de manera directa."⁸

Así las cosas, es claro para el Despacho que de conformidad con la jurisprudencia que impera en el Órgano de cierre de la jurisdicción administrativa, la entidad pública adquiere la responsabilidad sobre el asociado de una cooperativa, cuando es la que se beneficia del servicio.

III) CASO CONCRETO

Se estudiará el caso concreto a la luz de los elementos determinados jurisprudencialmente que permiten determinar la existencia de una relación laboral, estos son: *actividad personal en la entidad y permanencia, existencia de una remuneración o pago, subordinación o dependencia en la relación con el empleador* que incluye estudiar que no se trate de una simple y concreta necesidad de coordinación del servicio, actividad inherente a la función propia de la entidad y que la actividad realizada, sea similar o comparable a las que realizan – o debían realizar – servidores de planta de la entidad.

3.1 ACTIVIDAD PERSONAL EN LA ENTIDAD Y PERMANENCIA

En el presente caso se acreditó que la señora DEGNY SOLANDY ROMERO MUÑOZ, fue vinculada al Hospital José Cayetano Vásquez E.S.E. a través de contratos de prestación de servicios profesionales y convenios de asociación tal como se describe en certificación expedida por el Subgerente Administrativo de la Entidad en la que constan los períodos en los que la demandante prestó sus servicios a la ESE (fls. 334-336), en consonancia con los otros documentos allegados así:

Por contrato de asociación en participación la demandante prestó sus servicios en el Hospital José Cayetano Vásquez E.S.E., desde el **1 de octubre de 2003, hasta el 30 de septiembre de 2006**, dicho período de servicio se encuentra respaldado con las siguientes certificaciones:

- Certificación de fecha 7 de julio de 2004, suscrita por la encargada de personal de la E.S.E., en la que señala que la señora Degny Solandy,

⁸ C.E. S.", Sb A. 17 de abril de 2013 Rad. No. 050012331000200700122 01 (1001 – 2012) C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón

presta sus servicios en fisioterapia en la Institución, desde el 1 de octubre de 2003 hasta la fecha.(fl. 8)

- Certificación fechada el 13 de junio de 2011, suscrita por el Gerente Administrativo de la E.S.E., en la que se advierte que la demandante prestó sus servicios para esa Institución, por contrato de asociación y participación, en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2006.(fl. 59)

Por orden de prestación de servicios, la actora estuvo vinculada al Hospital José Cayetano Vásquez E.S.E, desde el **2 de octubre de 2006, hasta el 31 de diciembre de 2006**, según se verifica en los siguientes documentos:

- Certificación de fecha 13 de junio de 2011, suscrita por el Gerente Administrativo de la E.S.E., en la que señala que la accionante estuvo vinculada por orden de prestación de servicios profesionales, desde el 2 de octubre de 2006, hasta el 31 de diciembre de 2006.(fl. 59)

Por contrato de asociación en participación la demandante prestó sus servicios en la E.S.E. desde el **01 de enero de 2007 hasta el 10 de noviembre de 2008**.

- Certificaciones suscritas por la Secretaria de la Cooperativa COEXTRA, en la que señala que la señora Degny Solandy, se encuentra asociada a la cooperativa aportando sus servicios como fisioterapeuta dentro del contrato para el desarrollo del subproceso de apoyo asistencial, desde el 1 de enero de 2007 hasta la fecha de la certificación, esto es 10 de noviembre de 2008 (fls.10,11)

Por orden de prestación de servicios No. 255 del **1 de octubre de 2009 al 31 de diciembre de 2009** según costa así:

- Contrato de prestación de servicios profesionales No. 255 de 1 de octubre de 2009, en que se determina como duración del 1 de octubre al 31 de diciembre de 2009 y valor del contrato por \$3.000.000 cancelada en cortes mensuales con base en liquidación de las horas ejecutadas. (fl.131 a 134)

Por vinculación contractual del **1 de enero de 2010 al 28 de febrero de 2010** se verifica en:

- Contrato de prestación de servicios profesionales No.031 de 1 de enero de 2010, en que se determina como duración del 1 de enero al 28 de febrero

417

de 2010 y valor del contrato por \$2.120.000 cancelada en cortes mensuales con base en liquidación de las horas ejecutadas. (fl.150-153)

Se vinculó por contrato de prestación de servicios en el lapso del **01 de marzo al 31 de marzo de 2010**, así obra en.

- Contrato de prestación de servicios profesionales No.162 de 1 de marzo de 2010, en que se determina como duración del 1 de marzo al 31 de marzo de 2010 y valor del contrato por \$1.100.000 cancelada con base en liquidación de las horas ejecutadas. (fl.156-159)

Estuvo vinculada por contrato de asociación en participación, durante el periodo **1 de abril de 2010 a 01 de febrero de 2011** se determina de:

- Certificación suscrita por la Coordinadora Administrativa de la Cooperativa SANARTE, en la que se advierte que la señora Degny Solandy, termino convenio de trabajo asociado con la cooperativa, en el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2010 y el 01 de febrero de 2011, en el proceso de fisioterapeuta en el destinatario de servicios Hospital José Cayetano Vásquez.(fl. 54)

Estuvo vinculada por contrato de asociación en participación, durante el periodo **2 de febrero de 2011 a 2 de julio de 2011** se deduce de:

- Convenio de trabajo cooperativo, suscrito entre la cooperativa COOPTRASONAL y la accionante, en que se determina como perfil el de fisioterapia, proceso interconsulta, período de pago mensual, lugar de prestación de servicios, la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, con fecha de inicio 2 de febrero de 2011 y término inicial de cinco meses. (fls. 51-53)
- Certificación de fecha 8 de marzo de 2011, suscrita por el Gerente de la cooperativa COOPTRASONAL, en el que señala que la señora Romero, es asociada a la cooperativa y presta sus servicios en el perfil de fisioterapeuta, en el procedimiento de fisioterapia. (fl.56)

De conformidad con lo anterior, puede destacar el Despacho que dentro del plenario se acreditó, que la señora Degny Solandy Romero Muñoz, prestó sus servicios profesionales como fisioterapeuta en la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, sin solución de continuidad en dos periodos: del 1 de octubre de 2003 al 10 de noviembre de 2008 y del 1 de octubre de 2009 al 02 de julio de 2011, hecho que demuestra la permanencia, sin embargo no obra prueba

que permita establecer que la accionante laboró para la entidad demandada entre el 11 de noviembre de 2008 y el 30 de septiembre de 2009, lo que implica una indudable solución de continuidad, si bien es cierto el testigo Ricardo Antonio Díaz Díaz, en su declaración (fl. 377), señaló que la señora Romero laboró para la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá en el período comprendido entre octubre de 2003 y enero de 2012, no existe soporte documental que permita confirmar su dicho

Ante la existencia de un lapso tan considerable de interrupción del vínculo de la demandante con la Entidad demandada, es preciso tener en cuenta los períodos reclamados por separado. Procede entonces el estudio correspondiente respecto de cada uno de los períodos comprendidos entre el 01 de octubre de 2003 y el 10 de noviembre de 2008 y entre el 01 de octubre de 2009 y 2 de julio de 2011, las certificaciones y contratos previamente referidos demuestran la prestación personal del servicio, como primer elemento de la relación laboral, ya que la labor desempeñada por la demandante como fisioterapeuta (fls. 8, 10, 11, 129, 130, 142, 167, 168, 178) no era temporal ni autónoma, sino que la misma tuvo una permanencia en el tiempo, esto es durante el primer período por más de cinco años (2003-2008) y en el segundo por casi dos años (2009-2011), circunstancia que además evidencia que la actividad contratada hacía parte de las funciones inherentes al giro ordinario de la Entidad demandada.

Frente a la vinculación a través de convenios de asociación, es claro que la demandante estuvo vinculada durante los períodos que se estudian, a las cooperativas Coextra (fl. 11), Sanar C.T.A. (fl. 41-44, 54), y Cooptrasonal (fls. 51-53), cooperativas que se encuentran registradas ante la Supersolidaria y se encuentran activas, tal como se señala en oficio remitido por Superintendente delegado (fls. 365) .

El hecho que la prestación del servicio se hubiese efectuado a través de Cooperativas no releva de responsabilidad al Hospital demandado, en caso de acreditarse la relación laboral, pues tal como lo señaló el Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en sentencia del 23 de febrero de 2011:

“(…) Si bien es cierto, que la remuneración que recibía la actora no correspondía a los recursos de la entidad estatal, también lo es que en atención a que el Hospital demandado intento desconocer una relación laboral, a través de la intermediación de una Cooperativa de Trabajo Asociado, esto no impide que el ente accionado asuma las responsabilidades

por la conducta desplegada en detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.

En este orden de ideas, priman los derechos del trabajador sobre la modalidad de contratación que utilizó el accionado.”⁹(Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, se continuará con el estudio de los demás elementos de la relación laboral, para determinar su configuración.

3.2 Existencia de una remuneración o pago

Sobre la remuneración o pago percibido por la demandante, como contraprestación de los servicios prestados, es posible establecer dicha remuneración con cargo a la Entidad demandada, respecto de los períodos en los que se acreditó la existencia de contrato de prestación de servicios, así las cosas tenemos que en el contrato No. 225 del 1 de octubre de 2009 al 31 de diciembre de 2009 (fls. 131-134) cláusula quinta, se precisó como valor total del contrato “*hasta la suma de \$3.000.000, los cuales serán cancelados en cortes mensuales con base en la liquidación de las horas ejecutadas y la previa presentación de factura y certificación de cumplimiento expedida por el Subgerente científico de la entidad. Para efectos de certificar las horas ejecutadas, el CONTRATISTA deberá presentar informe mensual detallado sobre la gestión y actividades realizadas en desarrollo del contrato, teniendo en cuenta el valor hora a razón de \$10.949*”; es importante resaltar que el valor sería pagado en cortes mensuales; y estaba condicionando a la certificación de cumplimiento cuya expedición estaba sujeta a la entrega de un informe mensual detallado.

Se advierte en el contrato No 031 que en la cláusula quinta se determinó como valor la “*suma de \$2.120.000 los cuales serían cancelados con base en liquidación de las horas ejecutadas*”, sujeto a las mismas condiciones que el anterior contrato, se omitió la precisión de cancelación en cortes mensuales (fls. 150-153); en el contrato No. 162 suscrito por el mes de marzo de 2010, se determinó un valor de \$1.100.000, bajo las mismas condiciones del contrato No. 031. (fls. 156-159)

⁹ *Canseja de Estada. Sala de lo Cantenciasa Administrativa. Sección Segunda. Subsección "B". Cansejera Ponente: Víctor Hernanda Alvarada Ardila. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de febrero de dos mil ance (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00041-01(0260-09). Actar: María Stella Lancheros Tarres. Demandado: Hospital Engativá II Nivel Ese*

Se anexan cuentas de cobro, por las sumas y períodos que describen los contratos señalados (fls. 12,13, 28) así mismo comprobantes de pago efectuado por la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá (fl. 15,26, 31, 37) Se evidencian las certificaciones suscritas por la subgerencia científica, sobre las horas de fisioterapia realizadas por la profesional Degny Solandy (fls. 29, 40)

El hecho que se suscribieran varias órdenes de prestación de servicios continuas demuestra el cumplimiento de la demandante en los contratos pactados y el pago de una contraprestación por ello, pues en caso de incumplimiento de alguna de las dos partes no se hubiesen suscrito más contratos; en el presente caso, por el contrario se firmaron tres órdenes continuas, por lo que en principio estaría acreditado el elemento de remuneración.

Sin embargo de la certificación expedida el 13 de junio de 2011 (fl. 59), se extrae que en el período comprendido entre el 1 de octubre de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2006 estuvo vinculada por contrato de asociación y participación, lo que hace inferir al Despacho, que la Cooperativa en la que se encontraba asociada era la que pagaba la compensación, no obra prueba que determine el pago fue realizado directamente por la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá. Así mismo para el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 y 10 de noviembre de 2008, se advierte que en certificación se adujo la demandante percibía un básico de \$461.500 y una bonificación de \$994.567 en la Cooperativa de Ex trabajadores del Hospital José Cayetano Vásquez, lo que indefectiblemente deja notar que quien asumía el pago era la Cooperativa.

En el convenio de trabajo cooperativo suscrito entre la demandante y la Cooperativa COOPTRASONAL, para el período 02 de febrero de 2011 al 02 de julio de 2011(fl. 51-53), se verificó que en la cláusula segunda se estableció una compensación, con período de pago mensual, por prestar los servicio como fisioterapeuta, hecho que permite corroborar la existencia de una retribución a cambio de la prestación de servicio de fisioterapeuta, pero contrario con lo verificado en la vinculación por contratos de prestación de servicios, donde el pagador era directamente el Hospital, en este caso del texto del convenio se deduce que quien cancelaba dicho monto a la señora Degny Solandy, era la Cooperativa, tal como se acredita con oficio de fecha 3 de febrero de 2011 suscrito por el Gerente de la cooperativa y dirigido al proceso (fl. 55)

En suma se encuentra acreditado el elemento de remuneración o pago por el servicio prestado, si bien es cierto en certificación expedida por la Tesorera de la E.S.E., señala que a la actora le fue cancelado lo pertinente por concepto de honorarios por servicios prestados a la Institución, como Fisioterapeuta (fl.129) no está demostrado que durante todo el tiempo de prestación del servicio, hubiese sido la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, la titular del pago.

3.3 Subordinación o dependencia en la relación con el empleador

En el expediente no se logró acreditar el elemento más importante de la relación laboral, consistente en la subordinación; si bien es cierto es claro para el Despacho que de conformidad con las certificaciones y contratos de prestación de servicios suscritas para los períodos analizados del 01 de octubre de 2003 al 10 de noviembre de 2008 y 01 de octubre de 2009 al 2 de julio de 2011, la demandante prestó sus servicios en la E.S.E Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, no hay prueba que permita materializar la subordinación.

La única prueba obrante en el plenario que determinaría la dependencia de la actora con la entidad demandada, es la declaración rendida por el señor Ricardo Antonio Díaz Díaz (fl. 377) quien manifiesta que la accionante cumplía horario de trabajo de 7:00 am a 12m y de 2pm a 6pm, de lunes a viernes y eventualmente los fines de semana cuando era solicitada por el Hospital. Sin embargo, se encuentra acreditado que la demandante no prestaba un número fijo de horas de servicio es así como sobre las horas de fisioterapia realizadas por la profesional Degny Solandy, se observa que en el mes de octubre de 2009 se reporta haber cumplido 105 horas (fl.139), en el mes de noviembre 95 horas (fl.142), en diciembre 105 horas, al mes de enero de 2010, se evidencia haber prestado el servicio con un total de horas al mes de 97 y para el mes de marzo 118 horas (fls. 29, 40, 164), así mismo de la cuenta de cobro presentada para el mes de febrero se observa cumplió con 106 horas laboradas (fl. 12) hecho que permite desvirtuar la existencia de un horario predeterminado, pues de haber existido horario, por lo menos existiría coincidencia en las horas diurnas de prestación de servicios, pero se acredita lo contrario, durante cada mes, se laboraron un número de horas diferentes en cumplimiento a los estipulado en los contratos de prestación de servicios.

Ahora bien, manifestó el testigo que la señora Degny, recibía órdenes del Subgerente Administrativo y del Subdirector científico; y se encontraba bajo su supervisión, sin embargo afirmó no existía control de registro de asistencia, ni hay

prueba en el expediente que permita deducir la existencia de control de horario; contribuye a desvirtuar la existencia de subordinación, oficio dirigido a la Cooperativa Sanarte, de fecha 14 de diciembre de 2010, suscrito por la señora Romero, en la que solicita permiso para ausentarse de su lugar de trabajo indicando que será remplazada por otra fisioterapeuta en el horario de 9:00 am a 12 m (fl.49) comunicación indicativa en primer término que el horario era variable, pues no hace alusión a las 7:00 am que adujo el declarante en su testimonio, y adicionalmente no estaba solicitando permiso a la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, sino a la Cooperativa, hecho relevante que desvirtúa las manifestaciones hechas por el testigo.

Sobre la utilización de elementos del Hospital para desempeñar las funciones asignadas a la demandante, según lo adujo el testigo, es claro para el Despacho que tampoco existe prueba relevante que confirme lo dicho, sin embargo de ser así, no puede imputarse como elemento determinante de la subordinación, pues si bien es cierto la accionante prestaba sus servicios en las instalaciones y con los elementos de la Entidad demandada, por sí mismo no demuestra la existencia de dependencia, lo anterior sin dejar de tener en cuenta que en el texto del Convenio de asociación No. 082 de 1 de abril de 2010, se determina en la cláusula primera que Sanar C.T.A. vincula el trabajo y requerimientos para ejecutar la actividad de fisioterapeuta, así mismo en la cláusula décima, hace alusión al alquiler y pago de equipos o herramientas que posea el asociado para desempeñar el trabajo (fls. 41-44) lo que hace inferir que la Cooperativa a la que se encontraba asociada la actora proveía los elementos para la prestación del servicio.

Respecto del período comprendido entre el 01 de octubre de 2003 y 10 de noviembre de 2008, no hay prueba adicional a la declaración practicada que permita concluir la existencia del elemento de subordinación y por ende no se encuentra debidamente acreditado el requisito.

El Despacho considera que el declarante tiene el carácter de testigo sospechoso como quiera que según su dicho laboró para la misma Entidad Hospitalaria que la demandante, en calidad de asociado de las cooperativas, es así que durante el desarrollo de la audiencia hizo varias alusiones a su situación particular, lo que denota su interés en las resultas del proceso y por ende de su falta de objetividad al momento de rendir su declaración, máxime que su dicho no es acorde con ninguna de las pruebas documentales antes mencionadas, razón por la cual se le restará valor probatorio a tal testimonio.

Así las cosas, el elemento de subordinación y dependencia en el desarrollo de la función pública, no se encuentra acreditado de tal manera que no quede duda acerca del desempeño de la contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público de la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, pues solo que se advierte en realidad con la pruebas obrantes en el plenario que lo que se configuró fue una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades del servicio de fisioterapia, pues la posibilidad legal de celebrar contratos de prestación de servicios es incuestionable, siendo esta una de las formas para cubrir las necesidades de la administración a fin de cumplir los cometidos estatales en interés general.

De conformidad con lo dicho se concreta en el caso que nos ocupa, la necesidad de coordinación del servicio, hecho relevante de ello fue la cláusula implícita en los contratos de prestación del servicio, en virtud de la cual para la cancelación de honorarios, se exigía presentar informe mensual detallado sobre la gestión y actividades realizadas en desarrollo del contrato y certificación de cumplimiento expedida por el Subgerente Científico de la Entidad, actuación que permitía coordinar la prestación del servicio frente al pago, lo que no implica una subordinación como tal.

Para el Despacho es claro que la actividad era inherente a la función propia de la entidad, sin embargo la actividad realizada, no es comparable a las de otros servidores de planta de la entidad, pues tal como se probó en el plenario, en el plan de cargos de la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, no ha existido ni existe el cargo de fisioterapeuta (fl.182, 332) y tal como lo informa el Subgerente administrativo, el Fisioterapeuta se ha vinculado dependiendo de la demanda por medio de contrato de prestación de servicios.

Como lo ha señalado la jurisprudencia, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, especialmente el de subordinación, que se destaca, es el que determina la existencia de una relación laboral encubierta, carga probatoria que no fue cumplida en el sub lite y por consiguiente no hay lugar a declarar la existencia de la relación laboral pretendida.

Así las cosas frente a la reclamación judicial para los períodos de prestación de servicios acreditados, del 01 de octubre de 2003 y el 10 de noviembre de 2008 y del 01 de octubre de 2009 al 02 de julio de 2011, tal como se señaló, fueron probados los elementos de prestación personal del servicio y parcialmente el de remuneración, sin embargo no fue demostrado el elemento consistente en la subordinación o dependencia de la señora Degny Solandy, frente a la E.S.E. Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá, motivo por el que no se estructuran los elementos de una relación laboral y por consiguiente procede negar las pretensiones de la demanda.

Como quiera que en el caso concreto no hay lugar a acceder a las pretensiones, no es procedente entrar a analizar la excepción de *“Caducidad o prescripción de la acción para reclamar prestaciones a la ESE Hospital José Cayetano Vásquez de Puerto Boyacá”* propuesta por el apoderado de la parte actora.

IV) Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. aplicable por remisión expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, las costas proceden cuando *“en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación”*; de lo anterior se colige que la imposición de costas no puede ser una decisión automática sino que debe sopesar las pruebas que obran en el plenario y el comportamiento de la parte a lo largo de la actuación¹⁰

El Despacho considera que el cambio jurisprudencial que dio lugar a negar las pretensiones de la demanda no puede dar lugar a la imposición de costas a una persona que acudió a la jurisdicción teniendo como base una decisión de unificación que con el paso del tiempo fue morigerada, por lo que se abstendrá de imponerlas.

v). DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Once Administrativo del Circuito de Tunja, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto de 26 de febrero de 2014 Exp. No. 85001233100020080010502 (19977), Actor: B.P. Exploration Company Colombia Limited contra la Corporación Autónoma Regional De La Orinoquía.

427

FALLA.

PRIMERO: Negar las pretensiones de la demanda a la señora DEGNY SOLANDY ROMERO MUÑOZ identificada con C. C. No. 63.530.629 de Bucaramanga, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Abstenerse de imponer costas y agencias en derecho por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente providencia de conformidad con lo previsto en el artículo 203 del C.P.A.C.A.. Una vez en firme esta providencia archívese el expediente, dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor. Si existe excedente de gastos procesales, devuélvanse al interesado. Realícense las anotaciones de rigor en el sistema siglo XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


PATRICIA SALAMANCA GALLO
JUEZ