



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, dieciocho (18) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control : Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Demandante : NUBIA ESLAVA CAMARGO.
Demandado : E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA y TERCEZA S.A.S.
Radicación : 150013333009201300094 00

I. LA ACCIÓN

Procede el despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del C.P.A.C.A., interpuesto por la señora **NUBIA ESLAVA CAMARGO** en contra de la **E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA**.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

El apoderado de la parte demandante, interpuso acción de nulidad y restablecimiento del derecho, con el objeto de que fueran acogidas las siguientes pretensiones:

- 1.1 Pretende la demandante que se declare la nulidad del Oficio No GER 1000-392 de 4 de octubre de 2012, a través del cual se niega el pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho. Así mismo solicita se declare que entre la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA y NUBIA ESLAVA CAMARGO, existió una relación laboral en el lapso de tiempo comprendido entre el 01 de diciembre de 2008 al 30 de diciembre de 2011.
- 1.2 Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer, liquidar y cancelar los valores que legalmente le corresponden, durante todo el tiempo de prestación de sus servicios por concepto de: derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios insolutos correspondientes al tiempo de vigencia de la relación legal y reglamentaria, como son la prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, aportes al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, así como las indemnizaciones a que tiene derecho, especialmente las relacionadas con la no consignación oportuna de sus cesantías, salarios y demás prestaciones sociales, así como los valores que resulten al efectuar la correspondiente liquidación, deben ser pagados junto con los intereses moratorios y actualizados en su poder adquisitivo.
- 1.3 Solicita que las anteriores sumas de dinero sean indexadas conforme al IPC.

2.- Fundamentos fácticos.

Los hechos en los cuales se fundan las pretensiones de la parte demandante se sintetizan a continuación:

La demandante manifestó que fue vinculada mediante la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios consecutivos e ininterrumpidos, como nutricionista de tiempo completo en la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA en el Centro de Recuperación Nutricional Santiago de Tunja, desde el 1 de diciembre de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2011, teniendo que trabajar de lunes a viernes de 8:00 am a 12:00 del día y de 2 a 6 de la tarde.

Señaló que para obtener el pago de sus salarios debía presentar mensualmente los respectivos informes de las actividades realizadas junto con la cuenta de cobro, informes que después del 29 de mayo de 2009 y como consecuencia del contrato interadministrativo No 001161 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la E.S.E. Santiago de Tunja, debían presentarse mensualmente para ser enviados a la Secretaría de Salud de Boyacá quien actuaba como auditora.

Refirió que además de las funciones clínicas y de salud debía desarrollar funciones administrativas, entre las cuales se encontraban asistir diariamente a la revista médica, hacer evolución diaria de cada paciente en historia clínica, prescribir en forma diaria, la dieta de los niños internos del referido centro nutricional, programar la lista de víveres para el servicio de alimentación, manejar el personal de cocina, dando instrucciones de preparación y supervisando el horario y servicio de la dietas, viajar a los municipios del área de influencia, para realizar tamizajes nutricionales, oportunidades en la cuales la E.S.E. suministraba tanto el vehículo como el conductor y atender en el horario de las tardes pacientes que venían de los municipios del área de influencia y que habían cumplido su recuperación y asistían a control.

Sostuvo que durante el tiempo en que prestó sus servicios, siempre estuvo subordinada al horario impuesto por la entidad de salud y al cumplimiento de funciones encomendadas por el coordinador médico del centro, sometida al régimen disciplinario de los servidores públicos y a realizar sus actividades con los elementos de trabajo y dentro de la estructura física de la entidad demandada, o donde los directivos de la entidad lo dispusieran.

Adujó que a partir del 4 de marzo de 2010 y hasta el 30 de noviembre de 2011, para poder seguir laborando con la E.S.E Santiago de Tunja, se le hizo suscribir un contrato de trabajo de duración de obra o por labor contratada a través del Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S. para desempeñar el mismo cargo de nutricionista de tiempo completo bajo las mismas condiciones laborales que venía desempeñando con anterioridad, es decir que sus actividades siempre fueron para la E.S.E. Santiago de Tunja ya que el intermediario figuró solamente en documentos, pero nada tuvo que ver ni directa ni indirectamente en la relación que la vínculo con la E.S.E.

Esgrimió que durante la prestación de servicios se le pagaron las siguientes sumas de dinero: 2008 y 2009 2.000.000; 2010, \$1.798.672 y 2011, \$1.869.713. y se le exigió entre diciembre de 2008 a diciembre de 2009 su afiliación al sistema de seguridad social en salud y pensiones como si fuera una trabajadora independiente, siendo realizados sus aportes para los años 2010 y 2011 por el GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING sobre el salario mínimo.

Alegó que con fecha 13 de julio de 2012, solicitó al E.S.E. Santiago de Tunja el reconocimiento, liquidación y pago de sus derechos prestacionales e indemnizatorios, causados durante el tiempo de prestación de servicios a dicha entidad y que con oficio

GER 1000-392 de 4 de octubre de 2012, se dio respuesta negativa a lo solicitado, por cuanto entre las partes no existía una relación laboral.

3.- Normas violadas y concepto de su violación.

El apoderado de la parte demandante considera vulnerados los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 29, 53, 58, 90 y 91 de la Constitución Política, artículos 10 del Código Civil, artículo 5 de la Ley 57 de 1887; ley 72 de 1931, decreto 1054 de 1938, Decreto 2939 de 1944, Decreto 2767 de 1945, Ley 65 de 1946, Decreto 1160 de 1947; Decreto 2922 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Decreto 3148 de 1968, Decreto ley 1045 de 1978, Ley 70 de 1988, Ley 344 de 1996, Decreto 2712 de 1999 y la ley 100 de 1993.

Al sustentar el concepto de la violación, afirma que el derecho al trabajo resulta afectado y la garantía constitucional a garantizar por lo menos el mínimo de derechos legalmente establecidos a favor de los trabajadores, y con mayor razón si son servidores públicos.

Señala que existe una verdadera relación laboral por cuanto existió una relación de dependencia y subordinación, ya que, la demandante debió cumplir con el horario de trabajo establecido por la demandada, estando sometida a órdenes jerárquicas de la entidad, así mismo tenía personal bajo sus órdenes y mensualmente recibía una remuneración como retribución a su labor desempeñada, para lo cual debía entregar cada mes el informe de actividades realizadas, por lo cual le asiste derecho al pago de la totalidad de los derechos y prestaciones laborales.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de fecha veintiuno (21) de mayo de 2013 (fls. 150 a 152), se declaró la ilegalidad del auto de fecha veinticuatro (24) de abril de 2013 (fl. 128 a 129), y se inadmitió la demanda. Mediante auto del diecisiete (17) de Julio de 2013 se admitió la demanda (fls. 206 a 208), posteriormente mediante auto de fecha once (11) se decidió notificar a TERCEZA S.A.S.

Por auto del nueve (09) de julio de 2014 y luego de haber sido aplazada en 2 oportunidades, una por solicitud del apoderado de TERCEZA S.A.S. y la otra por disposición del Consejo Seccional de la Judicatura que dispuso el cierre del Despacho por reparaciones locativas, se fijó fecha a fin de realizar Audiencia Inicial, para el día 24 de julio de 2014 (fl. 458 a 460). La Audiencia Inicial se llevó a cabo en el día y la hora indicada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 180 del C.P.A.C.A., en la cual se decretó la práctica de pruebas y se fijó fecha para su práctica (CD fl 470).

La Audiencia de Pruebas se llevó a cabo el día catorce (14) de agosto de 2014, (CD fl 594 - 595), durante la cual se ordenó por secretaría requerir algunas pruebas que no se habían allegado, mediante auto de fecha dos (2) de septiembre de 2014 se fijó el día 30 de septiembre de 2014 para la continuación de la audiencia de pruebas, donde el apoderado de la entidad demandada solicitó se recepcionen los testimonios que se dejaron de practicar en la audiencia de pruebas citada por inasistencia.

Frente a esta solicitud el despacho de conformidad con el artículo 218 numeral 3 del CGP que señala que el juez prescindirá del testimonio de quien no comparezca y solo cuando el juez considere fundamental la declaración podrá ordenarse nueva citación, lo cual no sucedió en esa ocasión. Por tanto, el apoderado de la E.S.E. Santiago de Tunja interpuso recurso de apelación contra la decisión de no practicar los testimonios.

El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante auto de 19 de abril de 2016 declaró desierto el recurso de apelación interpuesto, por no sustentarse y ordenó devolver el

expediente a este juzgado. En consecuencia, mediante auto de 16 de junio de 2006 (fl. 630) se dio cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Boyacá y de conformidad con lo previsto en el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 se citó a las partes a audiencia de pruebas para el día 30 de junio de 2016, en la cual, se ordenó a las partes la presentación de alegatos de conclusión por escrito dentro de los 10 días siguientes a la celebración de dicha audiencia. (fl. 632)

1.- Razones de la defensa.

1.1 E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA (fls 74 a 79)

La entidad demandada en su escrito de contestación, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, precisando que dentro de la planta de personal de la E.S.E. Santiago de Tunja, no existía para el mes de marzo de 2009, ni existe actualmente el cargo de Profesional Universitario para el área de nutrición.

Agregó que dado el convenio interadministrativo celebrado con el Departamento de Boyacá, se estableció la necesidad de contratar temporalmente los servicios profesionales de una nutricionista, por ende se suscribieron con la demandante los contratos de prestación de servicios No 013-1, 023 y 028 de 2009, los cuales tuvieron vigencia durante el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de marzo al 31 de diciembre de 2009 y tenían por objeto la prestación de servicios profesionales de nutrición en el Centro de Recuperación Nutricional de la E.S.E.

Adujó que llegada la fecha de vencimiento de los contratos la E.S.E Santiago de Tunja, adelantó el proceso de tercerización de algunos servicios asistenciales y para tal efecto celebró contrato con el Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S.

Manifiestó igualmente que la demandante en el libelo de la demanda no concretó la causal que vicia de nulidad la decisión contenida en el Oficio GER 1000-392 del 4 de octubre de 2012, ni especificó la norma que fue violada, ni en qué consistió la trasgresión, por ende no existen argumentos que pongan en tela de juicio la legalidad del acto administrativo cuestionado debiéndose mantener incólume.

Sostuvo que atendiendo las obligaciones que se originaron de la cláusula 4 de los contratos de prestación de servicios suscritos con la Dra. Nubia Eslava Camargo, no concurren ninguno de los elementos del contrato de trabajo que reclama el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto los prestó de manera personal, bajo su propia autonomía, sin que existiera subordinación o dependencia proveniente tanto de los directivos como de los funcionarios de la E.S.E. Santiago de Tunja. En cuanto a la retribución económica que recibió la contratista de la entidad contratante correspondía al valor del contrato de prestación de servicios sin que constituyera salario y que por el contrario los referidos contratos se enmarcan dentro del típico contrato de prestación de servicios que define el numeral 32 de la Ley 80 de 1993 en razón a que fueron celebrados con una persona natural.

Adujó que los servicios de asesoría y nutrición, no podían ejecutarse con personal de planta de la E.S.E., de otra parte los contratos de prestación de servicios se celebraron por un término estrictamente indispensable, determinado por la duración de los convenios interadministrativos que celebró el Departamento de Boyacá con la E.S.E. que llevaron a crear temporalmente el centro de recuperación nutricional, por lo cual se requirió contratar temporalmente los servicios profesionales de la demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO.

El apoderado de la ESE Santiago de Tunja formuló como excepciones las siguientes:

- Falta de legitimación de la causa por pasiva.

Señaló que la ESE SANTIAGO DE TUNJA, no tiene capacidad o legitimidad por pasiva para ser parte dentro de la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, porque el vínculo laboral alegado por la demandante es inexistente, ya que los contratos celebrados entre la demandante y la demandada durante el período comprendido entre marzo al 31 de diciembre de 2009, tenían por objeto la prestación de servicios profesionales que no generan relación laboral, ni prestaciones sociales.

Sostuvo que si bien es cierto la ESE Santiago de Tunja, mediante el oficio GER 1000-392, se abstuvo de reconocer los presuntos derechos redamados por la demandante, obedeció al cumplimiento a la preceptiva del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; agregó que respecto de los presuntos derechos laborales correspondientes a los años 2010 y 2011, la obligación se encuentra en cabeza de su empleador GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S., por tanto quien estaba legitimado para ser demandado lo era el citado grupo y no la ESE Santiago de Tunja.

- Inexistencia de la relación laboral.

Indicó que la ESE Santiago de Tunja, celebró con la demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO, los contratos de prestación de servicios profesionales NO 013-1, 023 y 028 de 2009, los cuales tuvieron vigencia del 1 de marzo al 31 de diciembre de 2009, cuyo objeto era la prestación de servicios de Nutricionista, en el Centro de Recuperación Nutricional, que tuvo en funcionamiento la ESE Santiago de Tunja, durante la vigencia de los Convenios Interadministrativos Nos 515 y 001161, celebrados con el Departamento de Boyacá, durante los años 2008 y 2009, y que teniendo en cuenta las obligaciones a cargo de la contratista, hoy demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO, establecidas en la cláusula cuarta de los contratos antes citados, en manera alguna concurren los elementos del contrato de trabajo que reclama el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, reformado por el artículo 1 de la Ley 50 de 1990.

Adujó que si bien es cierto, la contratista NUBIA ESLAVA CAMARGO, durante la vigencia de los citados contratos de prestación de servicios profesionales los prestó de manera personal, los hizo bajo su propia autonomía, sin que existiera subordinación o dependencia proveniente de los directivos de la ESE Santiago de Tunja.

Manifestó que en cuanto a la retribución económica que recibió la contratista de la Entidad contratante correspondía al valor del contrato de prestación de servicios señalado en la cláusula segunda sin que constituyera salario, por tanto, al no concurrir los elementos que dispone el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, mal puede pretender la demandante, que se declare la existencia de una presunta relación laboral.

Aseguró que si se observan las obligaciones establecidas a cargo de la contratista en la cláusula cuarta de los contratos de prestación de servicios profesionales, es inexistente la obligación de cumplir horario, e igualmente es inexistente la subordinación que invoca la demandante, en sentido contrario los contratos NO 013-1, 023 y 028 de 2009 celebrados entre la demandada ESE Santiago de Tunja y la demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO, constituyen el típico contrato de prestación de servicios que define el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹.

¹ Para soportar esta afirmación sostuvo que cumplen "cada una de las características que señala la citada disposición, en razón a que fueron celebrados con una Persona Natural, por cuanto los servicios de asesoría y nutrición, no podían ejecutarse con personal de planta de la ESE Santiago de Tunja, ya que dentro de los cargos que conforman su planta de personal, no existe el de Profesional Universitario en el área de la Nutrición; de otra parte, los mencionados contratos de prestación de servicios profesionales se celebraron por un término estrictamente indispensable, como lo

- **Cobro de lo no debido.**

Alegó que la demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO, pretende el reconocimiento y pago de unas sumas de dinero, derivadas de la existencia de una supuesta relación laboral que dice haber existido entre ésta y la ESE SANTIAGO DE TUNJA, pero que la entidad demandada carece de obligación legal alguna para reconocer y pagar las acreencias que reclama la demandante, al no existir relación contractual de carácter laboral. Razón por la cual, en su dicho, pretender una condena en contra de la entidad demandada y el reconocimiento de unos derechos, constituye a todas luces el cobro de lo no debido, pues la ESE SANTIAGO DE TUNJA, cumplió con su obligación de cancelar el valor de los contratos de prestación de servicios profesionales No. 013-1 de fecha 27 de febrero de 2009; No. 023 de 16 de Julio de 2009 y No. 028 de 16 de Julio de 2009, resultando improcedente efectuar el pago por las sumas de dinero aludidas en la demanda.

- **Inexistencia de causal de nulidad que invalide la decisión emitida por empresa Social del Estado Santiago de Tunja a través del oficio GER 1000-392 del 3 de octubre 2012.**

Mencionó que la accionante en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, demanda la nulidad del acto administrativo oficio GER 1000-392 del 4 de octubre de 2012, mediante el cual la Entidad demandada se abstuvo de reconocer y pagar los presuntos derechos laborales invocados, decisión que se encuentra investida de la presunción de legalidad y eficacia, mientras no haya sido declarado ilegal por autoridad competente.

Adujó que se requería que esta señalara de manera concreta la causal que vicia de nulidad la citada decisión, pues la demandante se limita únicamente en la pretensión N°1, a solicitar que se declare nulo el oficio GER 1000-392 del 4 de octubre de 2012, porque el mismo indicó que no había lugar a obtener el reconocimiento de los derechos laborales pretendidos, sin que esgrima causal alguna de las previstas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

- **Mala fe.**

Esgrimió que la demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO, pretende dar a los contratos de prestación de servicios profesionales No. 013-1 de fecha 27 de febrero de 2009, No. 023 de 16 de julio de 2009 y No. 028 de 16 de julio de 2009, un alcance jurídico que no poseen, con el fin de acceder al reconocimiento de unos derechos laborales inexistentes y como consecuencia obtener el pago de unos recursos económicos a través de la presente acción judicial.

Señaló que plena prueba de la mala fe de la demandante son los señalamientos efectuados en la demanda, dirigidos a establecer que fue obligada a suscribir actos jurídicos, aspecto que se aleja de la realidad si tenemos en cuenta que actuó en cumplimiento del principio de autonomía de la voluntad.

Alegó además que constituye mala fe al señalar que la ESE SANTIAGO DE TUNJA, la obligó a vincularse con el GRUPO PROSPERAR AUTSOURCING S.A.S., pues como

fue el término de duración de los Convenios Interadministrativos que celebró el Departamento de Boyacá con la ESE Santiago de Tunja, que llevaron a crear temporalmente el Centro de Recuperación Nutricional, por lo cual se requirió contratar temporalmente los servicios profesionales de la demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO”.

puede observarse en los contratos allegados la entidad demandada no figura en ninguno de los extremos de dichos actos jurídicos, fue la demandante quien tomó la decisión libre de contratar con el mencionado grupo y no puede responsabilizar a la ESE SANTIAGO DE TUNJA, del menoscabo a sus derechos en que haya incurrido el GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S.

1.2 TERCEZA S.A.S.

Dentro de la oportunidad legal concedida al grupo TERCEZA S.A.S. para contestar la demanda guardó silencio.

2. Alegatos de Conclusión.

2.1. Parte demandante (Fls. 652-656):

El apoderado de la parte demandante dentro de la oportunidad legal correspondiente presentó sus alegatos de conclusión que a continuación se resumen:

Aseguró que la vinculación de la demandante se hizo mediante la suscripción de los denominados Contratos de Prestación de servicios, los cuales se dieron en forma consecutiva, sin interrupción teniendo que como mínimo cumplir con 8 horas diarias de asistencia a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO (E.S.E.) SANTIAGO DE TUNJA en el CENTRO DE RECUPERACIÓN NUTRICIONAL.

Agregó que la prestación de sus servicios se dio bajo continuada subordinación y dependencia de la entidad contratante quien siempre ejerció como empleadora, pues debía someterse a sus normas y reglamentos, al cumplimiento de sus agendas o turnos previamente establecidos, haciendo parte del orden jerárquico de la institución, teniendo superiores a los cuales debía someterse en cumplimiento de las funciones previamente establecidas.

Referenció varios de los testimonios recepcionados concluyendo que los mismos permiten dar cuenta de que la Doctora Nubla Eslava prestó sus servicios como Nutricionista en el Centro de Recuperación Nutricional Santiago de Tunja, de tiempo completo entre el 1 de diciembre de 2008 y el 30 de diciembre de 2011.

Además que la Doctora Nubia Eslava sí cumplió con un horario habitual comprendido desde las 8:00 am a 12:30 pm y de 2:00 pm o 5:00 pm, así como que la Doctora Nubia Eslava asistía diariamente a la revista médica, programaba la lista de víveres al servicio de alimentación, formulaba las dietas de los niños internos, construía las minutas para el personal de cocina, se desplazaba hacia los municipios y realizaba visitas domiciliarias para hacer tamizajes a los niños.

En razón a lo anterior, consideró que las pretensiones de la demanda deben prosperar y debe condenarse a la parte demandada, al reconocimiento, liquidación y pago de derechos salariales prestacionales e indemnizatorios correspondientes al tiempo de vigencia de la relación legal y reglamentaria como lo constituyen las cesantías, intereses, prima de servicio, prima de vacaciones, y afiliación al sistema de seguridad social tanto por salud, pensión y riesgos profesionales, durante el tiempo comprendido entre 1 de diciembre de 2003 y el 30 de diciembre de 2011.

2.2 Parte demandada (Fls. 548-571)

2.2.1 El apoderado de la ESE Santiago de Tunja dentro de la oportunidad legal correspondiente presentó sus alegatos de conclusión que a continuación se resumen:

Señaló que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante NUBIA ESLAVA CAMARGO, reconoció que suscribió tres (3) contratos de prestación de servicios profesionales, que tenían por objeto la prestación de servicios de nutricionista en el Centro de Recuperación Nutricional, los cuales se ejecutaron entre el 1 de marzo al 31 de diciembre de 2009; y también reconoció que estuvo vinculada laboralmente mediante contrato de trabajo durante los años 2010 y 2011, con el GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S.

Adujó que la misma demandante aceptó que para la época que tuvo los tres (3) contratos de prestación de servicios con la ESE Santiago de Tunja, tenía una relación laboral como catedrática con la Universidad Juan de Castellanos.

Indicó que NELLY YASMIN RUIZ, en su declaración señaló con claridad que dentro de las actividades de Coordinadora, nunca vigiló, ni exigió el cumplimiento de horario de ninguna de las personas que prestaban los servicios en el Centro de Recuperación Nutricional, que lo único que vigilaba, era el cumplimiento de las actividades que se derivaban del contrato interadministrativo suscrito entre la Secretaría de Salud del Departamento y la ESE Santiago de Tunja; y que para los años 2010 y 2011, ninguna de las personas que prestaban servicios en el Centro de Recuperación Nutricional, tenían un vínculo con la ESE Santiago de Tunja, pues, eran empleados del GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S.

Adujó que la contratación de los servicios de la demandante obedeció a la necesidad de prestar los servicios profesionales de nutrición de carácter temporal, que se derivaron de los contratos interadministrativos suscritos entre la Secretaría de Salud de Boyacá y la ESE Santiago de Tunja, los cuales tuvieron una duración de tres años, y que en su dicho, no podían ser prestados con funcionarios de la planta de personal de la ESE Santiago de Tunja, en razón a que dentro de la planta de personal de la entidad demandada no existía, ni existe el cargo de nutricionista.

Esgrimió que la ESE Santiago de Tunja, para los años 2010 y 2011, contrató en forma tercerizada los procesos y subprocesos que se ejecutaban en el Centro Nutricional con un tercero, para ese caso con el GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S., quien se comprometió a prestar dichos servicios con su planta de personal, sin que estos tuvieran relación alguna de carácter laboral con la ESE Santiago de Tunja.

2.2.2 El apoderado de TERCEZA S.A.S. dentro de la oportunidad legal correspondiente presentó sus alegatos de conclusión que a continuación se resumen:

Señaló que en ninguna de las pretensiones, se solicitó al despacho declarar la existencia de un contrato laboral, sino, la presunta irregularidad del vínculo contractual, pues, la demanda que la señora Eslava fue contratada mediante contratos de prestación de servicios, los cuales por sí mismos no constituyen una vinculación irregular por parte de la ESE.

Alegó que no obra prueba documental en el expediente de la cual se desprenda que algún funcionario de la ESE, haya impartido órdenes directas respecto del modo de realización de las actividades de la demandante, y aunque en los contratos se incluyen obligaciones para la contratista, éstas por sí solas no constituyen una orden en cuanto al modo de cumplimiento de las mismas, ni la existencia de una subordinación de tipo laboral, lo que sí ocurrió durante el tiempo en el que Terceza SAS actuó como empleador de la demandante a través del contrato laboral por la duración de la obra o labor determinada entre los años 2010 y 2011.

Aseguró que si en gracia de discusión se aceptara la existencia de una subordinación derivada de las actividades de Coordinación del Centro, lo cierto es que quien ejercía dicha Coordinación no era funcionaria de la ESE Santiago de Tunja, luego resulta imposible concluir que las órdenes en cuanto al modo de cumplimiento de dichas actividades eran ordenadas por la ESE.

Sostuvo que no se encuentra ninguna prueba de la cual se desprenda que la Sra. Nubia Eslava haya sido requerida a cumplir alguna de las cláusulas contenidas en el reglamento Interno de Trabajo de la ESE, por el contrario en la documentación que obra en el expediente se haya una prueba de fecha 22 de febrero de 2010, en la que la Coordinadora de Terceza SAS, Ivonne Barrera Salamanca, le hace un llamado de atención a la trabajadora por la inasistencia a sus actividades laborales².

Adujó que del testimonio de la Dra. Ruiz se extrae que los permisos laborales eran solicitados por los trabajadores a la Coordinadora del outsourcing (Terceza SAS) Ivonne Barrera Salamanca, lo que reitera que los reglamentos que se le impusieron a la demandante durante el mes de enero de 2010 y junio de 2011 fueron los de Terceza, como expresión de la subordinación ejercida por su condición de empleador.

Esgrimió que de acuerdo con el informe de semanas cotizadas expedida por el ISS para el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 y el mes de noviembre de 2011, quien efectuó el pago de las cotizaciones al sistema general de seguridad social de la demandante fue la FUNDACION UNIVERSITARIA JUAN DE CASTELLANOS, de lo que se desprende que, contrario a lo pretendido por la parte actora (2008- y diciembre de 2011) los reglamentos que se impusieron a la demandante fueron los de varias entidades, que actuaron como empleadores.

Señaló que no existe un parámetro de comparación con los empleados de planta, pues, la misma testigo afirmó que en la ESE Santiago de Tunja no existen Protocolos para la recuperación nutricional de los niños que eran atendidos en el Centro, por lo que concluyó que la evidencia de la inexistencia del cargo de nutricionista en la Planta de personal de la ESE se refleja también en el hecho de no existir protocolos para esta función.

Finalmente sostuvo que no existen derechos salariales y prestacionales pendientes de pago a cargo de Terceza S.A.S., pues, obra en el expediente prueba documental aportada por la demandante en la que se evidencia que de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida por el ISS y los reportes de Colpensiones en donde consta el pago de aportes a seguridad social de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES

1.- Problema Jurídico.

El debate se contrae a determinar si la vinculación de la actora con la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA y TERCEZA S.A.S., a través de contratos de prestación de servicios, encubrió

² Agregó que "esta situación era lógica y ajustada a Derecho, pues para ese momento, la demandante se encontraba vinculada laboralmente con Terceza S.A.S., y por su condición de trabajadora, se encontraba sometida la régimen disciplinario del empleador; nótese que en el llamado de atención al cual hace referencia la Sra. Eslava en la comunicación se señala "quiero dejar constancia que antes de recibir este llamado de atención notifiqué verbalmente al Dr. Jaime Rodríguez Barreto de la causa de mi inasistencia e igualmente telefónicamente lo hice con usted (...)". Esta situación se ve reforzada por el testimonio de la Dra. Nelly Ruiz que en la diligencia de testimonios señaló que no recuerda que se le hubiese llamado la atención a la demandante por no acudir a las brigadas Coordinadas en otros municipios".

una verdadera relación laboral que da lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas.

2. Argumentación normativa y jurisprudencial.

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel 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. (Negrilla y subraya fuera de texto).

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se compruebe la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

Ahora bien, es necesario aclarar que todos los contratos estatales y concretamente el de prestación de servicios, llevan implícito una relación de coordinación entre contratante y contratista, que se evidencia, a manera de ejemplo, en la obligación de entregar informes por parte del contratista, sin que por ello se configure necesariamente el elemento de la subordinación, que se insiste debe ser efectivamente probado por quien lo alega. En tal sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado en providencia de 18 de septiembre de 2014³, precisó:

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección “B” consejera ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez Bogotá D.C., Dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014).

"(...) Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación (...)". (Subrayas fuera de texto).

Ahora bien, en cuanto a la **carga de la prueba**, de conformidad con el artículo 167 del C.G del P., según el cual corresponde a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, tratándose de contratos de prestación de servicio, donde se alegue el principio de la primacía de la realidad frente las formalidades propias de la contratación, le corresponde probar al interesado, que durante el tiempo que duró su vinculación, se dieron los elementos propios de la relación laboral, como son: la prestación personal del servicio, la remuneración y especialmente la subordinación. En tal sentido, el Consejo de Estado⁴ ha manifestado:

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

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, 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 (...)"

3. Acervo Probatorio:

En el expediente obran las pruebas que a continuación se relacionan:

- Copia del contrato de prestación de servicios profesionales No 013-1 de fecha 27 de febrero de 2009, suscrito entre la E.S.E. Santiago de Tunja y Nubia Eslava Camargo cuyo objeto era prestar servicios profesionales en el Centro de Recuperación Nutricional de la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja y en cuya clausula cuarta se establecían como obligaciones o funciones del contratista las siguientes: "1) Funciones administrativas: Objetivo: optimizar las funciones realizadas en el servicio de alimentación del CRC. Análisis nutricional del ciclo de minutas. Estandarización de recetas. Estandarización de equipos y utensilios. Programación de necesidades de víveres perecederos y no perecederos. 2) Funciones educativas: Objetivo: contribuir en el mejor desempeño de las personas comprometidas en la prestación del servicio de nutrición, con la auxiliar de nutrición, con la auxiliar de enfermería, con los padres de familia de los menores. Los temas de las charlas y talleres se programaran de acuerdo a las necesidades del servicio. 3) Funciones clínicas: Objetivo: buscar las recuperación del menor en el tiempo y las condiciones establecidas en el protocolo de atención de los CRN.

⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. C.P Dr. Gerardo Arena Monsalve. Radicado No 050001233100020010363101 Expediente No 1363-12

- Participación en la revista médica. Prescripción de la dieta de cada niño según edad y fase de recuperación nutricional. Prescripción de las fórmulas lácteas institucionales F75 y F100. Supervisión de la aceptación e ingesta de los alimentos por parte de los niños”. (fls. 16 a 18 y 240 a 242)
- Contrato de prestación de servicios profesionales No 023 de fecha 16 de junio de 2009, suscrito entre la E.S.E. Santiago de Tunja y Nubia Eslava Camargo con el mismo objeto contractual que el contrato No 013-1. -prestar servicios profesionales en el Centro de Recuperación Nutricional de la E.S.E. Santiago de Tunja- (fls. 19 a 21 y 243 a 245)
 - Contrato de prestación de servicios profesionales No 028 de fecha 16 de julio de 2009, suscrito entre la E.S.E. Santiago de Tunja y Nubia Eslava Camargo, el cual contiene el mismo clausulado de los dos contratos referenciados (fls. 22 a 24 y 246 a 248)
 - Copia del Contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada de fecha 4 de enero de 2010, suscrito entre Nubia Eslava Camargo y el Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S., el cual en su cláusula primera estableció que “el trabajador a partir de la fecha de iniciación de sus labores se obliga para con el empleador a ejecutar responsablemente las actividades contratadas con carácter temporal por el usuario aclarando que como trabajador por labor debe acatar y cumplir con el reglamento interno de trabajo del GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S.” (fls. 25 a 26).
 - Copia del Contrato de trabajo de duración por la obra o labor contratada de fecha 3 de enero de 2011, suscrito entre Nubia Eslava Camargo y el Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S., “el trabajador a partir de la fecha de iniciación de sus labores se obliga para con el empleador a ejecutar responsablemente las actividades contratadas por el usuario EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SANTIAGO DE TUNJA de acuerdo al anexo 1 que hace parte integral de esta contrato, aclarando que como trabajador por labor debe acatar y cumplir con el reglamento interno de trabajo del GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S.” (fls. 25 a 26 y 30 a 32)
 - Copias de las cuentas de cobro realizadas en el año 2009 por Nubia Eslava Camargo, al Centro de Recuperación Nutricional de la E.S.E. Santiago de Tunja, con el fin de obtener el pago de sus labores realizadas como nutricionista en los meses de febrero, marzo, abril, junio, agosto y noviembre de 2009 junto con anexo de las labores realizadas en el mes de enero y febrero (fl. 33 a 41, 251 a 253, 249, 254 a 259)
 - Escrito de fecha 22 de febrero de 2010 dirigido a la Dra. IVONNE BARRERA SALAMANCA – Coordinadora Outsourcing -, donde la señora Nubia Eslava Camargo justifica su inasistencia a una capacitación. (fl. 42)
 - Escrito de fecha 22 de febrero de 2010, suscrito por la señora Ivonne R. Barrera Salamanca Coordinadora Outsourcing, por medio del cual se hace un llamado de atención a la señora Nubia Eslava Camargo por presunta inasistencia a un evento programado por la E.S.E. Santiago de Tunja. (fl. 43)
 - Solicitud de fecha 23 de noviembre de 2011, realizada por la Dra. Nubia Eslava a Outsourcing Prosperar de compensatorio para tomarse la media jornada de descanso laboral como compensatorio a la actividad electoral del mes de octubre de ese año. (fl. 44)
 - Escrito de fecha 1 de agosto de 2011, suscrito por la señora Nubia Eslava y dirigido a la Dra. Jazmín Ruiz Neira, donde solicita trabajar en jornada continua los días martes a partir del 02 de agosto hasta el 20 de diciembre cumpliendo con las 8 horas diarias exigidas por el Outsourcing Prosperar, con el fin de poder ausentarse del centro de centro de recuperación a las 4 pm. (fl. 45)
 - Copia del escrito suscrito por el representante legal del Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S. dirigido a la señora Nubia Eslava Camargo, por medio del cual no se accede a la solicitud de cambio de jornada laboral, argumentándose que

- ésta se encuentra supeditada a las exigencias dadas por parte del contratista que corresponde a la E.S.E. Santiago de Tunja. (fl. 46)
- Copia del Certificado de ingresos y retenciones año gravable 2010 de la señora Nubia Eslava Camargo (fl. 47)
 - Extractos cuenta de ahorros de la señora Nubia Eslava Camargo del Banco de Bogotá de los años 2010 y 2011 donde figuran los abonos de pago de nómina del Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S. (fls. 48 a 55)
 - Certificación suscrita por la Coordinadora Outsourcing donde se informa que la señora Nubia Eslava Camargo trabaja en la E.S.E. Santiago de Tunja a través del proceso contratado de Outsourcing como nutricionista con el GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S. desde el 04 de enero de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010 y de 3 de enero de 2011 hasta esa fecha.
 - Desprendibles del pago de nómina del Grupo Prosperar Outsourcing a la señora Nubia Eslava Camargo de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2011. (fl. 57).
 - Extracto de semanas cotizadas por la señora Nubia Eslava Camargo entre enero de 1967 a Julio de 2012, expedido por el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. (fls. 58 a 64).
 - Petición de fecha 13 de julio de 2012, dirigida a la E.S.E. Santiago de Tunja por medio de la cual la demandante solicita el pago de prestaciones sociales y salarios insolutos correspondiente al tiempo de la vigencia de la relación legal y reglamentaria. (fls. 65 a 69)
 - Escrito de fecha 27 de septiembre de 2012 contentivo del recurso de reposición y en subsidio el de apelación formulado en contra del acto ficto o presunto, por medio del cual se debió resolver la solicitud presentada por Nubia Eslava Camargo. (fls. 70 a 71)
 - Oficio GER1000-392 de fecha 4 de octubre de 2012, por medio del cual que niega lo solicitado por la accionante mediante escrito de fecha 13 de julio de 2012. (fls. 72 a 73 y 353 a 354).
 - Copia del contrato interadministrativo de prestación de servicios No 1161 de 2009 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la E.S.E. Santiago de Tunja donde se menciona en la cláusula primera que el Departamento de Boyacá requiere de la contratación en desarrollo del proyecto "PROTECCION ALIMENTARIA Y NUTRICIONAL A LAS FAMILIAS CON GESTANTES, LACTANTES y/o MENORES DE 5 AÑOS EN EL DEPARTAMENTO DE BOPYACÁ". (fls. 76 a 80 y 325 a 329).
 - Certificación de 31 de diciembre de 2010 del Centro de Recuperación Nutricional "Santiaguito" ESE Santiago de Tunja de que no se realizó pedido de multivitamínicos de NESTROGENO I y II debido a que en la gestión del Centro de Recuperación Nutricional se obtuvo una donación de leches de fórmula en el mes de noviembre de 2010 por tal motivo no se hizo necesario el pedido a Nestle de Colombia S.A.
 - Certificados de existencia y representación de Terceza S.A.S. y Grupo Zelt S.A.S., expedidos por la Cámara de Comercio de Bogotá. (fls. 193 a 204, 414 a 418 y 463 a 464).
 - Comprobantes de egresos, pago de honorarios a la Dra. Nubia Eslava Camargo como nutricionista de los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, octubre y diciembre de 2009. (fls. 260 a 282).
 - Copia autentica del contrato de prestación de servicios administrativos No 001, de 2011 suscrito entre la Empresa Social del Estado y el Grupo Prosperar Outsourcing modalidad de procesos y subprocesos, cuyo objeto señala que "en desarrollo de este contrato EL CONTRATISTA se obliga para con la ESE a prestar sus servicios de manera autogestionaria ejecutando actividades asistenciales y las conexas necesarias en la Empresa Social del Estado, de acuerdo con las

necesidades y requerimientos que le formule la E.S.E., quien establece el perfil e idoneidad requeridos para desarrollar dichos procesos, con relación al estándar del recurso humano dispuesto por las normas de habilitación, siendo parte integral del presente documento la propuesta presentada y los Estudios Tecnológicos sobre las necesidades de la Empresa” y se establecen como obligaciones del contratista -Grupo Prosperar Outsourcing- las que se destacan a continuación:

“20. EL CONTRATISTA se compromete a realizar seguimiento sobre la asistencia y aplicación de las instrucciones recibidas en los procesos de inducción y capacitación brindadas por la E.S.E. 21. EL CONTRATISTA deberá tener un programa de salud ocupacional y coordinara con el interventor designado las acciones necesarias para dar cumplimiento al reglamento de higiene o seguridad, el programa de salud ocupacional, dar cumplimiento a la política de seguridad y salud ocupacional y seguridad ambiental y en general a los procedimientos seguros de trabajo de la E.S.E. según la actividad a realizar en la Institución. De igual manera deberá acogerse a los planes de emergencia y evacuación de la E.S.E. y de contingencia del área de mantenimiento. Uso de los elementos de protección siempre que la actividad lo requiera. [...] 23. La incorporación de nuevo recurso para la ejecución del contrato es de responsabilidad exclusiva del CONTRATISTA, ajustándose a los perfiles ocupacionales establecidos en la ley. 24. La inducción del recurso para la ejecución del presente contrato deberá ser coordinada por el CONTRATISTA con el área de Talento Humano de la E.S.E. no obstante es responsabilidad del CONTRATISTA las actuaciones de su personal. 25. El CONTRATISTA se compromete a carnetizar al recurso con el cual prestará el servicio y a verificar que el carnet sea portado durante el tiempo de permanencia en la E.S.E. igualmente deberá suministrar los elementos de protección que requieran los trabajadores así como la dotación respectiva según los procesos que este ejecutando en desarrollo del objeto contractual” (fls. 283 a 292)

- Copia autentica del contrato de prestación de servicios administrativos No 008, No 005 y No 002 de 2010 suscrito entre la Empresa Social del Estado y el Grupo Prosperar Outsourcing cuyos objetos señalan que “en desarrollo de este contrato EL CONTRATISTA se obliga para con la ESE a prestar sus servicios de manera autogestionaria ejecutando actividades asistenciales y las conexas necesarias en la Empresa Social del Estado, de acuerdo con las necesidades y requerimientos que le formule la E.S.E., quien establece el perfil e idoneidad requeridos para desarrollar dichos procesos, con relación al estándar del recurso humano dispuesto por las normas de habilitación, siendo parte integral del presente documento la propuesta presentada y los Estudios Tecnológicos sobre las necesidades de la Empresa” (fls. 293 a 320)
- Copia autentica del contrato interadministrativo No 515 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la E.S.E. Santiago de Tunja cuyo objeto es “realizar intervención integral a los niños, niñas menores de 5 años y sus familias, identificados con vulnerabilidad alimentaria y realizar recuperación nutricional de I y II nivel para reducir la probabilidad de muerte por desnutrición en el área de influencia del Centro de Recuperación Nutricional del Municipio de Tunja” y donde se destacan como funciones de la E.S.E. Santiago de Tunja las siguientes “1. Garantizar todos los recursos técnicos, logísticos y administrativos necesarios para cumplir con todas las obligaciones contratadas. 2. Disponer de un espacio físico adecuado, para la realización de actividades colectivas con los niños y niñas, en este espacio se deberá desarrollar un programa de intervención basado en las estimulación de los menores con enfoque familiar y que responda a “Mejorar el estado de salud de los menores mediante acciones integrales dirigidas a los niños

y sus familias. 3. Conformación de un grupo interdisciplinario de salud para atención integral de niños y niñas con desnutrición, garantizando la continuidad de los equipos capacitados inicialmente. 4. El grupo debe estar conformado por: Médico, Nutricionista – Dietista, Psicólogo o trabajador social, auxiliares de enfermería, personal de servicio de alimentación y de oficios varios [...]”. (fl. 321 a 322).

- Copia autentica de las adicionales No 1 al contrato No 515 de 2008 donde se acuerda adicionar a la cláusula sexta del termino del presente convenio por 3.5 meses más del inicialmente pactado. (fls. y 330 a 331).
- Copia autentica de las adicional 2 al contrato No 515 de 2008 donde se acuerda adicionar a la cláusula cuarta la suma de CUARENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$43.581.480) y posterior al adicionar el valor del convenio quedara por la suma de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$199.898.380) los cuales son aportados por el departamento. (fls. 324 y 330 a 331).
- Copia auténtica de la prorroga No 03 del contrato interadministrativo No 1161 de 2009, suscrito entre el Departamento de Boyacá y la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja donde se establece prorrogar el plazo del Convenio Interadministrativo No 01161 de 2009 por un mes más. (fl. 332)
- Acta del Comité de conciliación en la que recomienda no conciliar ya que se aduce que no se exigió a la contratista, cumplimiento de horario alguno, en la ejecución de dichos contratos no existió subordinación alguna, por tanto no podía haber relación laboral alguna entre contratante y contratista, como lo dispuso la cláusula decima primera de los contratos de prestación de servicios en la cual se pactó Ausencia de Relación Laboral. (fls. 333 a 334)
- Copia auténtica del Acuerdo No 005 del 2002 por medio del cual se deroga el Acuerdo No 04 de 2002 y se establece la planta de personal y estructura orgánica de la E.S.E Santiago de Tunja y se dictan otras disposiciones. (fls. 335 a 337).
- Copia auténtica del Acuerdo No 20 de 2003 por medio del cual se adiciona al acuerdo 05 de 2002 creando los cargos de almacenista y enfermera profesional. (fls. 338 a 339)
- Copia auténtica del acuerdo 02 de 2005 por medio del cual se modifica la planta de personal y el manual de funciones y requisitos mínimos de la E.S.E Santiago de Tunja, por medio del cual se suprime el cargo de odontólogo tiempo completo y se crean dos cargos de odontólogos de medio tiempo. (fl. 340 a 343)
- Copia autentica del Acuerdo 014 de 2009 por medio del cual se amplían los acuerdos mediante los que se definió la planta de personal y se define la naturaleza de algunos empleos. (fls. 344 a 352)
- Copia autentica del Acuerdo 004 de 2011 por medio del cual se acuerda suprimir el empleo del nivel profesional código 211 Grado 3 de medio tiempo y crear en el nivel profesional el empleo Profesional Universitario Código 219 Grado 1, así como se asigna este empleo a la Gerencia. (fl. 349 a 352)
- Copia del manual de contratación, acuerdo 02 de 10 de marzo de 2010 (fl. 355 a 405)
- Oficio GER1000-0304 de fecha 1 de agosto de 2014, por medio del cual se certifica la relación del Centro de Recuperación nutricional con la E.S.E. Santiago de Tunja informando que mediante Decreto 3039 del 10 de agosto de 2007 se adopta el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010, el cual establece como propósitos mejorar el estado de salud de la población colombiana, evitar la progresión y los desenlaces adversos de la enfermedad, estableció como uno de los objetivos de salud pública mejorar la situación nutricional. Una de las prioridades del Plan de Desarrollo “*Para seguir creciendo*” era la intervención de la población infantil y gestantes para disminuir la morbi-mortalidad por destrucción y se relacionan los

- contratos interadministrativos celebrados con el departamento de Boyacá (fls. 483 a 506)
- Escrito de fecha 13 de agosto de 2014, suscrito por Terceza S.A.S. mediante el cual allega los contratos de prestación de servicios administrativos suscritos con la E.S.E. Santiago de Tunja, hoja de vida y reporte de semanas cotizadas en pensiones de la demandante, así como comprobantes de pago de nómina a la demandante de los años 2010 y 2011. (fls. 508 a 577).
 - Certificación suscrita por la demandante de afiliación desde diciembre de 2008 a la E.P.S. Salucoop. (fls. 591 a 592).
 - Oficio No 43416 de fecha 22 de agosto de 2014 remitido por el Departamento de Boyacá – Subdirección de Contratación en donde se aduce que una vez verificada la base de datos de la Dirección de Contratación se encontró relación de los contratos y convenios celebrados entre la Gobernación de Boyacá y la E.S.E. Santiago de Tunja, relacionados con "Recuperación Nutricional o Alimentaria" (fls. 598)
 - Certificación expedida por la subdirectora de contratación donde se informa que se verifico que la E.S.E. Santiago de Tunja celebró los contratos N° 1161 de 2009, 1287 de 2010, 1643 de 2011, con el Departamento de Boyacá discriminando el objeto y valor de los mismos. (fls. 599-605)
 - Oficio de 29 de julio de 2014 por medio del cual el Secretario de Salud de Boyacá informa que revisada su base de datos se suscribieron los contratos 515 y 2198 con la respectiva discriminación de objeto, valor del contrato y fecha de suscripción (fls. 607-608)
 - Oficio de 15 de septiembre de 2014 por medio del cual el Coordinador Regional de Operaciones Boyacá de Salucoop presenta el histórico de los aportes de al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (fls. 613-619)
 - Copia del expediente administrativo correspondiente a la señora Nubia Eslava Camargo, donde se destacan los siguientes documentos:
 - Comprobantes de egreso de los meses de diciembre, noviembre, octubre, septiembre, agosto de 2009 y enero de 2010 (fls. 74-89 anexo 1)
 - Certificación expedida por el Jefe de Presupuesto de la E.S.E. Santiago de Tunja donde se advierte que existe una reserva presupuestal con el objeto de contratar un profesional en nutrición para el Centro de Recuperación Nutricional por \$ 11.000.000. (fls. 90 anexo 1)
 - Copia autentica de la Resolución 198 de 26 de agosto de 2009, por medio de la cual se aprueba la Póliza de Seguros N° 3944101020664 con la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia. (fls. 91 anexo 1)
 - Copia de la Póliza de Seguros N° 3944101020664 con la Compañía Aseguradora Solidaria de Colombia por medio de la cual la señora Nubia Eslava Camargo amparó el Contrato de Prestación de Servicios N° 028. (fls. 92 anexo 1)
 - Copia de la Propuesta para el desarrollo nutricional del Centro de Recuperación Nutricional de la Ciudad de Tunja para el periodo Julio 15 – Diciembre 31 de 2009. (fls. 103-111 anexo 1)
 - Copia del estudio técnico de 14 de julio de 2009 con el objeto de la contratación de un profesional en nutrición donde en la identificación de la necesidad se indica que "la ESE Santiago de Tunja dentro de los contratos vigentes, suscribió el contrato N° 515 con la Gobernación de Boyacá, en el cual se crea el centro de recuperación nutricional de la ESE Santiago de Tunja. Para su funcionamiento se debe contar con la presencia de nutricionista, para ejecutar labores de valoración nutricional, esquemas alimentarios, higiene alimentaria, entre otras, para los niños que asisten al programa de

recuperación nutricional, esto entendiendo que el funcionamiento del centro es de 24 horas al día.

Que dentro del convenio se exige contar con un profesional en nutrición, como parte del equipo necesario para la prestación del servicio.

Que según Convenio 1161 del 29 de mayo de 2009 se amplió por parte de la Gobernación de Boyacá, el convenio inicial para la continuación de este programa con duración de 9 meses desde el 29 de mayo de 2009 al 28 de febrero de 2010.” (fls. 113 anexo 1)

Como necesidad técnica se tiene que: “teniendo en cuenta lo anterior se requiere la contratación de una nutricionista con experiencia en el manejo de dietas para niños y niñas menores de 5 años con desnutrición severa, para ejecutar las labores antes mencionadas” (fls. 113 anexo 1)

- Hoja de vida de la señora Nubia Eslava Camargo junto con sus anexos (fls. 125-134)

4. De la tacha de sospecha.

Procede el despacho a pronunciarse sobre la tacha de sospecha sobre los testimonios de la señora LUZ MARINA YANQUEN ABRIL, BLANCA GLADIS PEÑA, LUZ MARINA MORENO CASTILLO de conformidad con lo prescrito por el artículo 211 del C.G.P., que al tenor establece:

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo.

Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

*La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. **El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso**”.*

Teniendo en cuenta que los motivos y pruebas de la tacha se analizarán en la sentencia, a menos que se haya propuesto por medio de incidente, cabe aclarar que “la tacha de los testigos no hace improcedente la recepción de sus testimonios ni la valoración de los mismos, sino que exige del juez un análisis más severo con respecto a cada uno de ellos para determinar el grado de credibilidad que ofrecen y cerciorarse de su eficacia probatoria”⁵.

Ahora bien, respecto de la tacha de sospecha la señora BLANCA GLADIS PEÑA se tiene que la misma trabajó en el Centro de Recuperación Nutricional al igual que la demandante, razón por la cual, el apoderado de la ESE Santiago de Tunja manifestó que de acuerdo a lo manifestado por ésta, tachaba de sospechoso el testimonio, lo cual no es de recibo para el despacho, por dos razones a saber: i) el hecho de haber trabajado con la demandante no tiene la entidad suficiente para cuestionar la veracidad del testimonio de la señora GLADIS PEÑA. ii) la declaración rendida no se refiere a aspectos que contradigan las pruebas documentales que obran en el expediente así como los demás testimonios que no han sido tachados de sospechosos. Razón por la cual,

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, sentencia de diecisiete (17) de enero de dos mil doce (2012), Radicación numero: 11001-03-15-000-2011-00615-00(P1), Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ.

considera el despacho que no prospera la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la ESE Santiago de Tunja.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante formuló tacha de sospecha respecto de los testimonio de las señoras LUZ MARINA YANQUEN ABRIL y LUZ MARINA MORENO CASTILLO, por considerar que al prestar sus servicios actualmente para la ESE Santiago de Tunja los testimonios no van a ser imparciales.

En consecuencia, el despacho interrogó a la testigo LUZ MARINA YANQUEN ABRIL para averiguar por su presunto vínculo laboral con la ESE Santiago de Tunja, a lo cual la misma informó que tiene una vinculación laboral con la cooperativa Gestión Salud, es decir, que queda sin soporte la afirmación hecha por el apoderado de la parte demandante:

*“señora YANQUEN con qué entidad usted ha suscrito contrato para prestar sus servicios a la ESE Santiago de Tunja. RTA: **con gestión salud, es una cooperativa**”.*

Aunado a lo anterior, encuentra el despacho que el testimonio de la señora YANQUEN ABRIL no controvierte las demás declaraciones rendidas en el proceso, por el contrario, guarda sintonía con lo manifestado por los demás testigos, por lo tanto, atendiendo a los principios de la sana crítica y la lógica el despacho estima que la tacha no debe prosperar.

Al respecto el Consejo de Estado ha manifestado:

“[...] tal circunstancia, por sí sola, no impone su descalificación, pues, como bien se sabe, el dicho de los mismos debe valorarse al amparo de los principios de la sana crítica que implica echar mano de las máximas de la experiencia y de las reglas del pensamiento lógico”

En igual sentido considera el despacho que no debe prosperar la tacha de la señora LUZ MARINA MORENO CASTILLO, porque esta tampoco cuenta con un vínculo laboral con la ESE Santiago de Tunja sino con la Cooperativa Gestión Salud y el solo hecho de que se presten los servicios en las instalaciones de dicha entidad no quiere decir que su testimonio sea parcializado, porque esto se valora en el caso en concreto con las demás pruebas arrojadas al proceso, además, esta situación no genera *per se* la descalificación del mentado testimonio máxime si el testimonio rendido no asumió una posición dentro del debate, es decir, el mismo no contribuyó al esclarecimiento de los hechos pues la testigo se limitó a sostener que no tenía conocimiento o no le constaban los hechos que le preguntaban:

*“Señora Luz Marina en la demanda se afirma que la ESE Santiago de Tunja mantuvo una relación laboral oculta bajo un contrato de prestación de servicios con la señora Nubia Eslava Camargo eso es lo que se afirma en la demanda, usted tiene algún comentario que realizar frente a lo que se expone en la demanda. RTA: **no tendría que comentar porque yo solamente dure en ese centro cuatro meses.**”*

*Díganos si usted sabe quién era el empleador o el patrón de Nubia Eslava Camargo para esa época que dice usted que ella prestaba sus servicios en el centro nutricional. RTA: **no realmente no.**”*

*Durante el tiempo que usted fue allá esos cuatro meses que nos ha mencionado y que iba cuatro días a la semana díganos si usted vio o supo si Nubia Eslava Camargo recibía órdenes de algún funcionario de la ESE Santiago de Tunja. RTA: **no, ni vi ni supe**”*

En consecuencia, se impone al despacho en igual sentido negar la tacha de sospecho formulada contra el testimonio rendido por la señora LUZ MARINA MORENO CASTILLO.

5. Caso concreto.

En el caso *sub lite* se tiene que la demandante pretende que se declare que su vinculación con la E.S.E. SANTIAGO DE TUNJA y TERCEZA S.A.S., a través de contratos de prestación de servicios, encubrió una verdadera relación laboral que da lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas.

Por tanto, para desatar esta controversia jurídica el despacho considera necesario abordar el estudio metodológico de los siguientes temas: i) Del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas y la prohibición de uso indebido la figura de la prestación de servicios por parte de las entidades públicas, ii) De la situación especial del Centro de Recuperación Nutricional frente a la ESE Santiago de Tunja, iii) De la configuración de los elementos de la relación laboral.

5.1 Del principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas y la prohibición de uso indebido la figura de la prestación de servicios por parte de las entidades públicas.

El artículo 53 de la Constitución Política enuncia los principios mínimos fundamentales que deben regir el estatuto del trabajo, y presenta los derechos y principios que rigen los vínculos de carácter laboral, entre ellos, el principio del contrato realidad, el cual, tiene absoluta vigencia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo.

La primacía de la realidad sobre la forma en materia laboral es desarrollado en el artículo 23 del C.S.T.⁶, disponiendo el nacimiento inmediato del vínculo laboral cuando se cumplen los elementos esenciales del contrato de trabajo, estos son, una prestación personal del servicio, bajo subordinación y recibiendo una remuneración a cambio, esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado⁷ cuando las relaciones laborales o legales y reglamentarias se encuentren disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios.

Además de las exigencias legales, “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,⁸ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral”⁹, con el fin de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

⁶ Subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990.

⁷ Sentencia de 22 de noviembre de 2012. Sección Segunda. Subsección B. Expediente: 25000-23-25-000-2008-00822-02. Referencia 2254-2011. Actor: JOSE LUIS BURITICÁ BOHÓRQUEZ. Demandado: E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO EN LIQUIDACION.

⁸ 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, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE.

Ahora bien, la utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer prevalecer la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al precepto constitucional del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas.

El máximo órgano de lo contencioso administrativo ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando "(i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados; lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública"¹⁰.

En efecto, cuando no se cumplan con estos presupuestos, el contrato de prestación de servicios no tiene en estricto sentido esta categoría, sino que puede ocurrir que esté tratando de esconder una relación laboral oculta, pues, si las funciones del contrato son de aquellas que se catalogan como propias y permanentes de la entidad y se pueden cumplir con personal de planta que no requiera conocimientos especializados, estaríamos en presencia de otra categoría contractual, donde se esconde una relación laboral.

Si bien se puede acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se han establecido legalmente limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, así por ejemplo el artículo 7 del Decreto 1950 de 1973¹¹, prescribe la prohibición de hacer uso de los contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones públicas, y de allí emana la obligación de crear para las entidades públicas los empleos que se necesiten para atender sus funciones:

"[...], en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad" (Subraya fuera de texto).

En igual sentido al artículo 17 de la Ley 790 de 2002¹², hace hincapié en que por antonomasia las entidades públicas deben tener creados los cargos necesarios para su funcionamiento y por tanto, en ningún caso las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos:

"ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de cuatro (04) de febrero de 2016, Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.

¹¹ Por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.

¹² Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades Extraordinarias al Presidente de la República.

Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública" (Se Destaca).

Finalmente, se advierte que el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002¹³, trae dentro de su tesoro de hipótesis de faltas disciplinarias la celebración de contratos de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que encubran una verdadera relación laboral acreditada por el cumplimiento de sus requisitos:

"El artículo 48 establece como falta gravísima: "29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales".

Del tal suerte, que las anteriores normas transcritas permiten concluir sin mayor cavilación que no está permitido dentro del ordenamiento jurídico, celebrar contratos de prestación de servicios para desconocer las prestaciones sociales debidas de los trabajadores que desempeñan funciones públicas cumpliendo con todos los elementos esenciales de una relación laboral.

Pese a lo anterior, y ante el constante mal uso de la figura del contrato de prestación de servicios, por parte de las autoridades públicas, el legislador a través de la Ley 909 de 2004¹⁴, creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

Precisamente para que no se abuse de esta figura la mentada ley en el artículo 21 dispuso que las entidades públicas podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio con sucesión a las siguientes condiciones: i) cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; ii) desarrollar programas o proyectos de duración determinada; iii) suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales; iv) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

Además se señaló que la creación de empleos de carácter temporal está sujeta a dos requisitos: i) la motivación técnica para cada caso; ii) la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. Y se estableció que el ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos

¹³ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

¹⁴ Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

ocasionen el retiro de dichas listas, en caso de no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

En suma, se tiene que aunque en un comienzo la legislación colombiana negó la posibilidad de contratar a través de los contratos u órdenes de prestación de servicios para cumplir funciones públicas, debido a que en la realidad se efectuaban estas prácticas desconociendo derechos de los trabajadores, el legislador del año 2004 previó la figura de los empleos temporales por un periodo no mayor a 12 meses que cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta, para con ello evitar el uso de la contratación de servicios personales con terceros, en donde se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y esconden una verdadera relación de trabajo.

5.2 De la situación especial del Centro de Recuperación Nutricional frente a la ESE Santiago de Tunja.

En este acápite de la sentencia el despacho considera imprescindible efectuar el estudio de dos temas de vital importancia para desatar la controversia jurídica planteada en la demanda previo a realizar el análisis de la configuración o no de los elementos de una relación laboral, nos referimos a: i) los orígenes y la naturaleza temporal del Centro de Recuperación Nutricional; ii) la permanencia del empleo de nutricionista en la ESE Santiago de Tunja.

Entonces procede el despacho a realizar el análisis de los temas planteados en este acápite:

- Los orígenes y la naturaleza temporal del Centro de Recuperación Nutricional.

Las políticas implantadas por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 3039 del 10 de agosto de 2007¹⁵ estableció como propósitos mejorar el estado de Salud de la población colombiana y evitar la progresión y los desenlaces adversos de la enfermedad y establece como objetivo de las prioridades de salud pública mejorar las situación nutricional en específico de la población infantil y gestantes para disminuir la morbi-mortalidad.

Con base en lo anterior y como quiera que la Ley 715 de 2001¹⁶ en su artículo 41 establece obligaciones en materia de salud a los departamentos involucrando dentro de las mismas la vigilancia de la salud pública, se suscribió contrato interadministrativo No 515 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la E.S.E. Santiago de Tunja cuyo objeto era "realizar intervención integral a los niños, niñas menores de 5 años y sus familias, identificados con vulnerabilidad alimentaria y realizar recuperación nutricional de I y II nivel para reducir la probabilidad de muerte por desnutrición en el área de influencia del Centro de Recuperación Nutricional del Municipio de Tunja" (fl. 321 a 322).

En la cláusula tercera del mentado contrato interadministrativo se establecen las obligaciones a cargo de la E.S.E. Santiago de Tunja dentro de las cuales se destacan las siguientes:

¹⁵ Por el cual se adopta el Plan Nacional de Salud Pública 2007-2010.

¹⁶ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

“1. Garantizar todos los recursos técnicos, logísticos y administrativos necesarios para cumplir con todas las obligaciones contratadas. 2. Disponer de un espacio físico adecuado, para la realización de actividades colectivas con los niños y niñas, en este espacio se deberá desarrollar un programa de intervención basado en la estimulación de los menores con enfoque familiar y que responda a “Mejorar el estado de salud de los menores mediante acciones integrales dirigidas a los niños y sus familias. 3. **Conformación de un grupo interdisciplinario de salud para atención integral de niños y niñas con desnutrición, garantizando la continuidad de los equipos capacitados inicialmente.** 4. **El grupo debe estar conformado por: Médico, Nutricionista – Dietista, Psicólogo o trabajador social, auxiliares de enfermería, personal de servicio de alimentación y de oficios varios [...]**” (fl. 16 anexo 1) (Se Destaca)

En cumplimiento de estas obligaciones la E.S.E. Santiago de Tunja suscribió sendos contratos de prestación de servicios profesionales sucesivos, con la hoy demandante Nubia Eslava Camargo, entre los meses de marzo a diciembre de 2009 y cuyo objeto era prestar servicios profesionales en el Centro de Recuperación Nutricional de la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja, los cuales se relacionan a continuación.

No. CONTRATO	DURACION	VALOR	OBJETO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
No 013-1	2 meses y medio	\$7.000.000	Prestación de servicios profesionales	01 de marzo de 2009	15 de junio de 2009
No 023	1 mes	\$2.000.000	Prestación de servicios profesionales	16 de junio de 2009	15 de julio de 2009
No 028	4 meses y medio	\$11.000.000	Prestación de servicios profesionales	16 de julio de 2009	31 de diciembre de 2009

En las cláusulas número cuatro de estos contratos se establecían como obligaciones o funciones del contratista las siguientes:

“1) Funciones administrativas: Objetivo: optimizar las funciones realizadas en el servicio de alimentación del CRC. Análisis nutricional del ciclo de minutas. Estandarización de recetas. Estandarización de equipos y utensilios. Programación de necesidades de víveres perecederos y no perecederos. 2) Funciones educativas: Objetivo: contribuir en el mejor desempeño de las personas comprometidas en la prestación del servicio de nutrición, con la auxiliar de nutrición, con la auxiliar de enfermería, con los padres de familia de los menores. Los temas de las charlas y talleres se programaran de acuerdo a las necesidades del servicio. 3) Funciones clínicas: Objetivo: buscar la recuperación del menor en el tiempo y las condiciones establecidas en el protocolo de atención de los CRN. Participación en la revista médica. Prescripción de la dieta de cada niño según edad y fase de recuperación nutricional. Prescripción de las fórmulas lácteas institucionales F75 y F100. Supervisión de la aceptación e ingesta de los alimentos por parte de los niños”. (fls. 16 a 18 y 240 a 242)

Con posterioridad, la E.S.E. Santiago de Tunja suscribió varios contratos de prestación de servicios con la entidad Prosperar Out Sourcing S.A.S., que tenían por objeto que “en desarrollo del contrato EL CONTRATISTA se obliga para con la E.S.E. a prestar sus servicios de manera autogestionaria ejecutando actividades asistenciales y las conexas necesarias en la Empresa Social del Estado, de acuerdo con las necesidades y

requerimientos que le formule la E.S.E., quien establece el perfil y la idoneidad requeridos para desarrollar dichos procesos, con relación al estándar del recurso humano dispuesto por las normas de habilitación, siendo parte integral del presente documento la propuesta presentada y los Estudios Técnicos sobre las necesidades de la Empresa" (fl. 19 anexo 1)

Dentro de los contratos que se suscribieron se encuentran dentro del plenario el No 008, No 005 y No 002 de 2010 y No. 01 de 2011 que se ilustran a continuación:

No. CONTRATO	DURACION	VALOR	OBJETO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
No 02	4 meses	\$410.779.696	Prestación de servicio asistencial y de la gestión operativa y administrativa	04 de enero de 2010	31 de mayo de 2010
No 05	2 mes	\$400.000.000	Prestación de servicio asistencial y de la gestión operativa y administrativa	1 de abril de 2010	30 de junio de 2010
No 08	5 meses y medio	\$783.375.144	Prestación de servicio asistencial y de la gestión operativa y administrativa	1 de julio de 2010	31 de diciembre de 2010
No 001	12 meses	\$1.588.800.000	Prestación de servicio asistencial y de la gestión operativa y administrativa	01 de enero de 2011	31 diciembre de 2011

Ahora bien, en virtud de los contratos descritos la entidad Prosperar Out Sourcing S.A.S., celebraron dos contratos de trabajo de duración por la obra o labor contratada con la demandante Nubia Eslava Camargo, el 04 de enero de 2010 y el 3 de enero de 2011 que establecieron como duración del contrato "el requerido para la realización de la obra contratada a juicio de la empresa usuaria o en su defecto por el termino del contrato de prestación de servicios suscrito entre la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SANTIAGO DE TUNJA y GRUPO OUTSOURCING S.A.S., identificada con Nit: 900.297.034-1" (fl. 25)

No. CONTRATO	DURACION	VALOR	OBJETO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACIÓN
--------------	----------	-------	--------	-----------------	----------------------

No tiene	1 año	\$949.725	Obra o labor contratada	04 de enero de 2010	31 de diciembre de 2010
No tiene	1 año	\$1.079.854	Obra o labor contratada	3 de enero de 2011	31 de diciembre de 2011

En las cláusulas primera de los contratos se estableció que “el trabajador a partir de la fecha de iniciación de sus labores se obliga para con el empleador a ejecutar responsablemente las actividades contratadas con carácter temporal por el usuario aclarando que como trabajador por labor debe acatar y cumplir con el reglamento interno de trabajo del GRUPO PROSPERAR OUTSOURCING S.A.S.” (fls. 25 a 26).

De lo anterior se colige que el Centro de Recuperación Nutricional y de contera la contratación del grupo interdisciplinar de atención de dicho centro –incluida la nutricionista hoy accionante- surgieron como consecuencia de una coyuntura legislativa que obligó a las entidades territoriales en coordinación con los mandatos del Plan Nacional de Desarrollo de la época a organizar unas actividades encaminadas al fortalecimiento de la salud pública, en especial, de los niños, niñas menores de 5 años y sus familias.

Aunado a esto se tiene que la ejecución del contrato de prestación de servicios entre la E.S.E. Santiago de Tunja y la accionante Nubia Eslava Camargo entre el 14 de julio de 2008 hasta el 28 de febrero de 2009, quiere significar que el Centro de Recuperación Nutricional iba a ser de carácter temporal, es decir, solo por el periodo de tiempo que conservan vigencia las disposiciones legales y reglamentarias que dieron origen a la necesidad de su creación.

Muestra de la temporalidad del Centro de Recuperación Nutricional es que a través del Convenio 1161 del 29 de mayo de 2009 se amplió por parte de la Gobernación de Boyacá, el convenio inicial para la continuación de este programa con duración de 9 meses desde el 29 de mayo de 2009 al 28 de febrero de 2010, así, se menciona en la cláusula primera que el Departamento de Boyacá requiere de la contratación en desarrollo del proyecto “PROTECCION ALIMENTARIA Y NUTRICIONAL A LAS FAMILIAS CON GESTANTES, LACTANTES y/o MENORES DE 5 AÑOS EN EL DEPARTAMENTO DE BOPYACÁ”. (fls. 76 a 80 y 325 a 329).

Se puede advertir que si el Centro de Recuperación Nutricional tenía una duración en el tiempo de carácter limitado, la misma suerte corría el cargo de nutricionista que servía a dicha institución, razón por la cual, no se podía comparar este cargo con uno de planta de la ESE Santiago de Tunja, pues, la necesidad de contratar un nutricionista nació con la creación del referenciado Centro de Recuperación Nutricional, tal como se desprende de la lectura de la copia del estudio técnico de 14 de julio de 2009 que tiene por objeto la contratación de un profesional en nutrición, ya que, en la identificación de la necesidad se indica que:

“la ESE Santiago de Tunja dentro de los contratos vigentes, suscribió el contrato N° 515 con la Gobernación de Boyacá, en el cual se crea el centro de recuperación nutricional de la ESE Santiago de Tunja. Para su funcionamiento se debe contar con la presencia de nutricionista, para ejecutar labores de valoración nutricional, esquemas alimentarios, higiene alimentaria, entre otras, para los niños que asisten al programa de recuperación nutricional, esto entendiéndolo que el funcionamiento del centro es de 24 horas al día. Que dentro del convenio se exige contar con un profesional en nutrición, como parte del equipo necesario para la prestación del servicio.”

Como necesidad técnica se tiene que: "teniendo en cuenta lo anterior se requiere la contratación de una nutricionista con experiencia en el manejo de dietas para niños y niñas menores de 5 años con desnutrición severa, para ejecutar las labores antes mencionadas" (fls. 113)

Por tal razón, a manera de corolario se tiene que la naturaleza del Centro de Recuperación Nutricional es transitoria, pues tuvo un origen en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010 y después en el desarrollo del mismo a nivel territorial, esto obligó al Departamento a firmar el Convenio Interadministrativo No 515 suscrito entre el Departamento de Boyacá y la E.S.E. Santiago de Tunja¹⁷ del cual emanó la obligación de crear el Centro de Recuperación Nutricional para dar cumplimiento a las obligaciones de realizar intervención integral a los niños, niñas menores de 5 años y sus familias, identificados con vulnerabilidad alimentaria.

Este convenio tuvo dos adicionales No 1¹⁸ y 2¹⁹ al contrato No 515 de 2008 y con posterioridad se suscribió el Convenio 1161 del 29 de mayo de 2009 se amplió por parte de la Gobernación de Boyacá, para dar continuidad a las políticas de recuperación nutricional²⁰, el cual a su vez mediante prórroga No 03 del contrato interadministrativo No 1161 de 2009, suscrito entre el Departamento de Boyacá y la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja fue prolongado por un mes más. (fl. 332), dando cumplimiento así con las políticas en materia de salud plasmadas en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010.

En consecuencia, siempre se tuvo conocimiento de que la vida del Centro de Recuperación Nutricional estaba limitado por la duración de las directrices nacionales, por lo tanto, los trabajadores de dicho centro no tenían las mismas condiciones de las que gozan los empleados de planta de la E.S.E. Santiago de Tunja, en consecuencia en aras de establecer si en la planta de la E.S.E. Santiago de Tunja existía personal con las mismas funciones que desempeñaba la demandante para determinar si existía alguna discriminación respecto de los derechos laborales de la demandante.

- ***La falta permanencia del empleo de nutricionista en la ESE Santiago de Tunja.***

Encuentra el despacho que la planta de personal de la E.S.E Santiago de Tunja fue modificada con el paso del tiempo en varias oportunidades, ya que inicialmente la planta de personal fue establecida por medio del Acuerdo No 005 del 2002²¹ (fls. 335 a 337), de la siguiente manera.

No. DE EMPLEOS	DENOMINACION DEL EMPLEO	CÓDIGO	GRADO
----------------	-------------------------	--------	-------

¹⁷ Cuyo objeto era *"realizar intervención integral a los niños, niñas menores de 5 años y sus familias, identificados con vulnerabilidad alimentaria y realizar recuperación nutricional de I y II nivel para reducir la probabilidad de muerte por desnutrición en el área de influencia del Centro de Recuperación Nutricional del Municipio de Tunja"*

¹⁸ Donde se acuerda adicionar a la cláusula sexta del término del presente convenio por 3.5 meses más del inicialmente pactado. (fls. 330 a 331).

¹⁹ Donde se acuerda adicionar a la cláusula cuarta la suma de CUAREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$43.581.480) y posterior al adicionar el valor del convenio quedara por la suma de CIENTO NOVENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA PESOS (\$199.898.380) los cuales son aportados por el departamento. (fls. 324 y 330 a 331).

²⁰ Con duración de 9 meses desde el 29 de mayo de 2009 al 28 de febrero de 2010.

²¹ Por medio del cual se deroga el Acuerdo No 04 de 2002 y se establece la planta de personal y estructura orgánica de la E.S.E Santiago de Tunja y se dictan otras disposiciones.

NIVEL DIRECTIVO			
1	GERENTE	085	
NIVEL EJECUTIVO			
1	JEFE DE GRUPO (MÉDICO)	223	
1	TESORERO GENERAL	201	
NIVEL PROFESIONAL			
7	MÉDICOS S.O.S.	305	
4	ODONTÓLOGOS S.O.S	320	
1	ODONTÓLOGO T.C.	325	
4	ODONTÓLOGOS M.T.	325	
7	MÉDICOS M.T.	310	
1	ENFERMERA PROFESIONAL	365	
NIVEL TÉCNICO			
1	TÉCNICO EN SISTEMAS	401	
NIVEL ADMINISTRATIVO			
1	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	550	12
1	AUXILIAR ADMINISTRATIVO	550	09
1	AUXILIAR DE FARMACIA	516	09
2	AUXILIAR DE ENFERMERÍA RURAL	555	
4	AUXILIARES DE ODONTOLOGÍA	518	
8	AUXILIAR DE ENFERMERÍA URBANA	555	
NIVEL OPERATIVO			
1	CONDUCTOR	620	10

De lo anterior se colige que en el Acuerdo No 005 del 2002 no contemplaba dentro de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja el cargo de nutricionista. Tampoco aparece dicho empleo en las modificaciones que se hicieron a dicha planta de personal, pues, el Acuerdo No 20 de 2003 solo adiciona al Acuerdo 05 de 2002 para crear los cargos de almacenista y enfermera profesional (fls. 338 a 339)

De igual manera el Acuerdo 02 de 2005 no creó el cargo de nutricionista, únicamente se limitó a suprimir el cargo de odontólogo tiempo completo y crear dos cargos de odontólogos de medio tiempo. (fl. 340 a 343)

En el año 2009 Acuerdo 014²² se modificó nuevamente la planta de personal de la E.S.E. Santiago de Tunja estableciendo los cargos definitivos de dicha entidad y que se encuentran hasta la fecha, para ello en su artículo segundo prescribió "con miras a viabilizar y consolidar la Gestión del Capital Humano a los preceptos de la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios, se compilan los diferentes Acuerdos por medio de

²² Por medio del cual se amplían los acuerdos mediante los que se definió la planta de personal y se define la naturaleza de algunos empleos.

los cuales se ha determinado la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado" (fls. 344 a 352). En consecuencia a partir de la vigencia del citado Acuerdo la planta de personal quedó compuesta de la siguiente manera:

EMPLEOS					NUMERO DE EMPLEOS	ASIGNACION MENSUAL
DENOMINACION	CIDIGO	GRADO	NIVEL	CLASIFICACION		
Gerente Empresa Social del Estado	85	06	Directivo	Periodo fijo	1	4.287.162
Subgerente	90	08	Directivo	Libre nombramiento y remoción	1	2.528.233
Tesorero general	201	30	Profesional	Libre nombramiento y remoción	1	1.385.538
Almacenista general	215	25	Profesional	Libre nombramiento y remoción	1	1.324.832
Médico general	211	03	Profesional	Carrera administrativa	7	1.747.895
Odontólogo	214	11	Profesional	Carrera administrativa	2	1.041.018
Odontólogo	214	58	Profesional	Carrera administrativa	4	1.457.047
Profesional S.O.S.	217	60	Profesional	Carrera administrativa	7	2.000.457
P.U. Área de salud	237	38	Profesional	Carrera administrativa	1	1.504.712
Enfermero	243	51	Profesional	Carrera administrativa	1	2.000.457
Enfermero	243	4	Profesional	Carrera administrativa	1	1.670.989
Técnico administrativo	367	11	Técnico	Carrera administrativa	1	3.351.796
Auxiliar administrativo	407	09	Asistencial	Carrera administrativa	1	835.573
Auxiliar administrativo	407	12	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	1	1.038.404
Auxiliar Área de la Salud	412	19	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	1	912.440
Auxiliar Área de la Salud	412	26	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	7	1.252.166
Auxiliar Área de la Salud	412	30	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	2	1.499.197
Auxiliar Área de la Salud	412	21	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	1	1.089.887
Auxiliar Área de la Salud	412	16	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	3	1.089.887
Auxiliar Área de la Salud	412	15	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	3	1.067.418
Auxiliar Área de la Salud	412	13	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	1	1.047.170
Conductor	480	12	Asistencial	Libre nombramiento y remoción	1	737.116
TOTAL TRABAJADORES PÚBLICOS					49	
TRABAJADOR OFICIAL						
Conductor	480		Asistencial		1	737.116
TOTAL EMPLEOS					50	

De la revisión de la planta definitiva de personal implantada como ya se advirtió por medio del Acuerdo 014 de 2009, se tiene que el cargo de nutricionista no figura dentro de los empleos contenidos en esta. Tampoco en el Acuerdo 004 de 2011 ya que por medio de este se suprime el empleo del nivel profesional código 211 Grado 3 de medio tiempo y se crea en el nivel profesional el empleo Profesional Universitario Código 219 Grado 1, así como se asigna dicho empleo a la Gerencia, sin referirse a el cargo de nutricionista. (fl. 349 a 352)

Ahora bien, del estudio realizado se puede concluir que el cargo de nutricionista no hace parte de la planta de personal de la Empresa Social del Estado Santiago de Tunja, es decir, que el cargo que desempeñaba la demandante tal como quedó establecido en el acápite anterior era temporal y su existencia estaba sometida a la existencia –también temporal- del Centro de Recuperación Nutricional y que las funciones que desempeñó la demandante nunca tuvieron la entidad suficiente para obligar la creación de un cargo en la planta de personal de la entidad, lo que quiere significar que el cargo de nutricionista no cumple el requisito de permanencia, porque su labor no era inherente a la entidad, ni existía un cargo similar de planta con el cual se pudiera aducir que se estaban menoscabando sus derechos laborales al no dársele igual trato.

5.3 De la configuración de los elementos de la relación laboral.

A continuación el despacho de conformidad con las pruebas arrimadas al plenario determinara si en el presente caso la demandante Nubia Eslava Camargo al prestar sus servicios en el Centro de Salud Nutricional de la ESE Santiago de Tunja se presentó una verdadera relación laboral a configurarse los elementos necesarios para acreditar la misma.

5.3.1 La prestación personal del servicio y cumplimiento de horario de trabajo.

En el interrogatorio de parte de la demandante Nubia Eslava Camargo ésta aceptó que cumplía con las funciones consagradas en la cláusula cuarta de los contratos de prestación de servicios suscritos con la ESE Santiago de Tunja y además agregó que debía desplazarse a varios municipios del Departamento de Boyacá para hacer recolección de niños beneficiarios del programa, por lo tanto resaltó que en esos contratos no se especificaban las horas que debía ella permanecer en el Centro de Recuperación Nutricional ubicado en el barrio los muiscas, solo especificaba las funciones que implicaban permanecer por más de 8 horas en el Centro de Recuperación, también sostuvo que si bien contrato con la firma denominada Prosperar outsourcing S.A.S. en los años 2010 y 2011 lo hizo porque era una condición de la ESE Santiago de Tunja al igual que la obligación de hacer aportes en seguridad social en salud como independiente :

*“Diga cómo es cierto sí o no que durante la ejecución de los contratos de prestación de servicios antes citados se limitaba al cumplimiento de los servicios estipulados en la cláusula cuarta de dichos contratos –lectura de la cláusula cuarta- RTA: **aparte de eso quiero destacar que además en cumplimiento de las funciones del programa que la secretaria de salud le da a la ESE para ejecutar debo desplazarme a municipios de la jurisdicción de Boyacá para hacer tamizaje y recolección de niños benefactores el programa, hay falta dentro del contrato eso, pero dentro del contrato que pasa la secretaria de educación a la ESE esta esas funciones.***

*Diga si dentro de las funciones de la contratista establecidas en la cláusula cuarta de los contratos de prestación de servicios ya leída estaba previsto el cumplimiento de un número de horas al día. RTA: **no, no especificaba horas, especificaba funciones, pero en virtud de que eran 15 a 20 niños hospitalizados debería de estar 8 horas o más al día.***

*Diga cómo es cierto sí o no que durante los años 2010 y 2011 usted sostuvo un contrato de trabajo con la firma denominada Prosperar outsourcing S.A.S. RTA: **Si, pero quiero aclarar que fue una condición que nos impuso la ESE para continuar trabajando en virtud de que a partir de esa fecha como una norma de la secretaria de salud en las historias clínicas se debía registrar la fecha y la hora de atención, entonces quedaba ya algo por escrito donde podíamos demostrar que estábamos yendo todos los días***

desde muy temprano a trabajar entonces hay nos pasaron con el outsourcing, nos hicieron pasar con esa figura outsourcing.

Diga cómo es cierto sí o no que dentro de las obligaciones legales como contratista de prestación de servicios para la ESE Santiago de Tunja usted estaba obligada a hacer aportes en seguridad social en salud como independiente. RTA: **Si, eso era una condición que nos ponía la ESE, hacer esos aportes.**

En que sitio usted prestaba ese servicio, me refiero a la locación física, en que parte en qué lugar. RTA: **quedaba en los muiscas una casa que pagaba arriendo la ESE Santiago de Tunja para que funcionara allí este Centro de Recuperación Nutricional. Aproximadamente durante cuantos días a la semana usted asistía a ese centro que nos acaba de manifestar. RTA: todos los días de lunes a viernes y en ocasiones los sábados tenía que ir.**

De la declaración rendida por la señora BLANCA GLADIS PEÑA quien era la persona encargada de preparar las recetas como se lo indicara Nubia Eslava Camargo, se puede extraer que la demandante prestaba sus servicios de manera personal "todo el día" en el Centro de Recuperación Nutricional, utilizando los elementos de la ESE Santiago de Tunja, donde debía formular las dietas y los listados de mercado para hacer el respectivo pedido:

En la demanda se afirma lo siguiente se dice que la señora Nubia Eslava Camargo mantuvo una relación laboral oculta en un contrato de prestación de servicios con la ESE Santiago de Tunja y con la entonces empresa prosperar díganos que tiene que decir al respecto hay alguna manifestación frente a eso que se afirma en la demanda. RTA: **en cuanto a lo de la ESE yo sé que ella siempre trabajo, esa era la contratación de la ESE, ella estaba como nutricionista en el centro de nutrición.**

Díganos si usted sabe o tiene conocimiento si la Doctora Nubia Eslava Camargo cumplía con algún horario cual era ese horario. RTA: **ella laboraba todo el día en el centro de nutrición como nutricionista, ya que, ella nos daba las dietas nos tomaba el listado del mercado para así mismo ella hacer el respectivo pedido, yo con ella trataba en la hora de la tarde porque mi horario era en la hora de la tarde.**

Sírvase informarnos en donde en que sitio prestaba el servicio la Doctora Nubia Eslava Camargo. RTA: **en el centro de nutrición, no se la dirección, en el barrio Los muiscas.** Sírvase informar al despacho de propiedad de quien era la infraestructura donde se prestaban los servicios o donde se atendía el centro nutricionista de quien era o pro cuenta de quien estaban esas instalaciones. RTA: **pues creo que esa casa estaba arrendada por la ESE Santiago de Tunja y todo dependía de la ESE Santiago de Tunja.**

Usted sabe o tiene conocimiento de quien eran los elementos con los que la Doctora Nubia Eslava Camargo prestaba sus servicios en la ESE Santiago de Tunja. RTA: **pues todo de la ESE porque como ella era la que era la responsable de ese centro de nutrición.** Usted sabe o tiene conocimiento si a la Doctora Nubia Eslava se le exigía ir vestida o uniformada de alguna indumentaria especial en caso tal de que constaba el uniforme o el vestido que ella debía utilizar. RTA: **ella en su totalidad vestía su blusa blanca como nutricionista.** Usted sabe o tiene conocimiento si eso era exigencia de que entidad. RTA: **pues creo que de la entidad porque todos tenían que tener la respectiva blusa.**

Sírvase informar al despacho si usted sabe o tiene conocimiento si en alguna oportunidad la Doctora Nubia Eslava tuvo derecho a vacaciones o si le fueron concedidas vacaciones como contraprestación a sus servicios. RTA: **no, en ningún momento, cuando yo estuve laborando no vi que ella hubiera tenido vacaciones.**

Por su parte OSCAR EDUARDO SANDOBAL RODRIGUEZ, psicólogo y miembro del grupo interdisciplinario del Centro de Recuperación Nutricional, en su testimonio sostuvo que la demandante tenía que permanecer prácticamente todo el día en el centro nutricional cumpliendo un horario de 8 am a medio día y de 2 a 6 de la tarde, debido a las funciones propias de la labor que lo exigían, ya que, en el Centro de Atención se encontraban hospitalizados menores a los cuales se les debía dar formulas nutricionales constantemente.

Así mismo, manifestó que debían desplazarse a municipios aledaños a Tunja para hacer controles de los niños que habían sido atendidos y que no necesitaban hospitalización o para vincular niños al proyecto de recuperación nutricional, para lo cual se transportaban en carros que enviaban las ESE de los municipios donde se iban a realizar las labores de atención o en carros de la ESE Santiago de Tunja.

*"En la demanda se afirma lo siguiente se dice que la señora Nubia Eslava Camargo mantuvo una relación laboral oculta bajo un contrato de prestación de servicios con las entidades en ese momento ESE Santiago de Tunja y con la entonces empresa prosperar dígame al despacho los que le conste de eso que se afirma en la demanda. RTA: **pues por las funciones que había que hacer si, la doctora tenía que permanecer prácticamente todo el día allí en el centro de recuperación nutricional.** A usted le consta si la Doctora Nubia Eslava Camargo cumplía horario en las funciones que desarrollaba. RTA: **yo compartía funciones con ella y sé que cumplía horario.** Que horario cumplía? RTA: **a veces tenía que llegar antes de las 8 de la mañana, al medio día salía después de las doce y media o una cuando los niños estaban almorzando y en la tarde más o menos de dos a seis.***

*Teniendo en cuenta sus respuestas anteriores cuando la Doctora Nubia Eslava Camargo venía vinculada por la empresa social del Estado y luego paso a figurar por el tercerizado que usted dice hubo alguna diferencia en la prestación del servicio, cambio de lugar, fue totalmente diferente o se mantuvo la relación en idénticas circunstancias. RTA: **no, era exactamente igual porque las funciones que cumplíamos estaban estipuladas por la secretaria de salud, entonces siempre fue todo igual, el funcionamiento del centro fue siempre igual.***

*Usted afirmó que la Doctora llegaba antes de las 8 de la mañana y que salía después de las doce y media y que en las horas de la tarde cumplía horario toda la tarde díganos quien ordenó el cumplimiento de ese horario si usted sabe. RTA: **pues más que ordenar no podría decirle lo que pasa es que las funciones lo exigían, le repito era una institución donde habían pacientes hospitalizados, habían niños, la Doctora Nubia tenía que participar de la revista clínica que pasaban en la mañana, allá habían practicantes de medicina junto con la doctora la coordinadora del centro pasaban su revista y por lo general la Doctora Nubia estaba presente en esa revista, a eso me refería cuando llegaba a veces antes de las ocho, pero por lo general a las ocho tenía que estar allí porque ella ordenaba las formulas, si las formulas nutricionales para los pacientes, así mismo en la mañana se realizaba una evolución que nos tocaba a todos en unas historias clínicas, la evolución de ella era diaria, a veces teníamos diez, doce pacientes y en la mañana ella hacía eso, en la tarde teníamos controles o teníamos salidas, por eso le digo que a veces salíamos incluso después de las 6 porque cuando teníamos brigadas, nosotros teníamos brigadas en los diferentes municipios, nos tocaba salir a veces llegábamos a las 7 u 8 de la noche.***

*Cuántas veces salían a la semana a esas brigadas que usted acaba de mencionar. RTA: **no le puedo dar con exactitud ese dato a veces era semanal a veces era mensual.** A que municipios hicieron esas brigadas. RTA: **yo recuerdo Turmequé, Chiquisá, Toca si no estoy mal, Cucaíta también, no recuerdo más en este momento.** Cuánto tiempo gastaban en esas brigadas. RTA: **por ejemplo en Turmequé salimos como desde las 7 de la mañana como hasta las 6 de la tarde, se realizó un tamizaje de más de 400 niños recuerdo.** Usted ha dicho en respuestas anteriores que los niños que atendían hay*

prácticamente estaban hospitalizados y que por esa razón debían permanecer en forma permanente usted y las señora Nubia Eslava Camargo díganos quien asumía esas funciones si debían permanecer los 365 incluso usted lo mencionó, díganos quien asumía esas funciones cuando usted dice que todo el equipo se iba a brigadas incluso las auxiliares. RTA: le reitero dije algunas auxiliares, siempre tenía que haber alguna auxiliar al cuidado de los niños, en ese caso cuando la Doctora Jazmín tenía que salir si no estoy mal ella coordinaba para que un médico se quedara a cargo del CRN, las formulas y todo tenía que cuadrarlos la doctora antes de salir porque las formulas se tenían que dar a diario. Es decir que según su respuesta no era necesario permanecer a toda hora en el centro de nutrición. RTA: no de pronto me mal interpreto cuando yo hice referencia a los 365 días del año quería hacer referencia de pronto a una disponibilidad, por ejemplo si se presentaba una urgencia a la una de la mañana a mí me tocaba presentarme un domingo a la una de la mañana allí tenía que hacerlo.

Infórmele al despacho en una de sus respuestas usted nos indicó que se efectuaron algunas brigadas o desplazamientos fuera del municipio de Tunja a otros municipios del Departamento, infórmele al despacho en esas ocasiones en que ocurrieron esos desplazamientos en que se desplazaron, quien los llevaba y si sabe quién les suministraba este transporte. RTA: a veces la Doctora Jazmín articulaba directamente con las ESE de otros municipios y las ESE de los otros municipios lo brindaban en ocasiones cuando ibamos muchos, otras veces nos llevaba don Martín en la camioneta o Samir que era el conductor, debo aclarar que se hacían visitas domiciliarias y en esas visitas por lo general siempre nos daban el carro de la ESE Santiago de Tunja con conductor incluido don Martín, Samir o Oscar”.

La señora ESPERANZA USA CORDERO relató que la demandante Nubia Eslava Camargo llegaba temprano a trabajar hasta el medio día y por la tarde se quedaba hasta las seis o siete de la noche, porque cuando ella se iba, la señora Nubia Eslava Camargo se quedaba hasta mas tarde.

“Señora Esperanza Usa en la demanda se afirma lo siguiente se dice que la señora Nubia Eslava Camargo mantuvo una relación laboral oculta bajo un contrato de prestación de servicios con la ESE Santiago de Tunja y con la entonces empresa prosperar dígame al despacho los que le conste sobre ese hecho que se manifiesta en la demanda. RTA: pues nosotros cuando entramos allá entramos con la ESE después ya nos mandaron a cooperativas al outsourcing prosperar, prosperar fue primero y después terminamos con las outsourcing. A usted le consta si la señora Nubia Eslava Camargo cumplía algún tipo de horario en relación con las labores con el centro de recuperación nutricional. RTA: ella entraba temprano salía al medio día, por la tarde salía por hay, yo a veces salía a las 6 y ella quedaba ahí 6,7 de la noche.

Sírvase informarle al despacho si usted sabe o tiene conocimiento la ESE directamente o a través de la coordinadora a que usted se refiere le llamo la atención o le exigió el cumplimiento de órdenes a la doctora Nubia Eslava Camargo. RTA: pues que tenga entendido no.

Señora Esperanza indíquenos en esos días que usted trabajaba y en el horario dentro del cual usted indico que trabajaba que horario cumplía la Doctora Nubia Eslava Camargo. RTA: ella entraba a las 8 había días que entraba antes de las 8, ella siempre estaba a la hora del almuerzo de los niños, salía después de las 12 o 12 y cuarto, volvía a las dos y ya había veces ella se iba a las 6 o a veces seguía de largo yo me iba a las 6 y ella quedaba ahí”.

A su turno la señora OLGA LUCIA PIRACOCA quien laboró en el centro de recuperación nutricional en el año 2009, contrario a los demás testimonios señaló que la nutricionista

Nubia Eslava Camargo no cumplía horario, ya que, llegaba a pedirles cuentas a las 8 o 9 de la mañana o a veces más temprano, es decir, que la demandante llegaba a ratos a supervisar el trabajo y no de manera constante:

*“En la demanda se manifiesta que la señora Nubia Eslava Camargo mantuvo una relación laboral oculta bajo un contrato de prestación de servicios con la ESE Santiago de Tunja eso es lo que se manifiesta en la demandan y en esta se dice que ello se dio entre el 2008 hasta el 2011 usted tiene alguna manifestación respecto de eso que se dice en la demanda en la demanda. RTA: **pues yo labore en el 2009 4 o 5 meses con ella en el centro de recuperación nutricional.** Usted era compañera de actividades de la señora Nubia Eslava Camargo. RTA: **si algunas veces nosotros teníamos que pesar, era un centro de recuperación nutricional donde focalizábamos los niños y los recuperábamos nutricionalmente entonces ella llegaba a pedirnos si los habíamos tallado si los habíamos pesado y cuantos niños había a diario.***

*Durante el tiempo que usted manifiesta que tuvo contacto con la señora Nubia Eslava Camargo a usted le consta que ella cumpliera horario. RTA: **no, no porque a veces nosotros tan ocupados que estábamos porque era solo una auxiliar por 25 niños, entonces uno estaba ocupado y cuando menos se la encontraba, llegaba a pedirnos cuentas 8 o 9 de la mañana a veces temprano.***

*A usted le consta durante el tiempo que usted ha manifiesta tener contacto con la señora Nubia Eslava Camargo si ella recibía órdenes de algún miembro de la ESE Santiago de Tunja. RTA: **no, no porque nosotros teníamos contratación por cooperativa y ella tenía otra clase de contratación.** Usted sabe qué clase de contratación. RTA: **no, no señor nunca hicimos como empatía.***

*Díganos si usted recuerda o vio cuanto tiempo gastaba Nubia Eslava Camargo en esas actividades que usted acaba de mencionar. RTA: **pues realmente no Doctor porque estábamos ocupados con todos los chiquitos, como ella llegaba era como a raticos, a raticos estaba haciendo no sabría decirle que tiempo exactamente”.***

El testimonio de la coordinadora del Centro de Recuperación Nutricional NELLY JAZMIN RUIZ coincide en muchos aspectos con las declaraciones de los demás testigos por ejemplo en el hecho de que primero trabajo directamente con la ESE Santiago de Tunja y posteriormente a través de cooperativas mediante tercerización, adujo además que teniendo en cuenta que el Centro de Recuperación Nutricional funcionaba como un hospital, ya que, sus actividades implicaban la presencia de los profesionales tiempo completo.

Refiriéndose al caso concreto de la demandante señaló que esta debía estar pendiente de que en el desayuno, almuerzo y cena se preparara la comida de acuerdo con las minutas nutricionales de cada niño y que por las tardes se realizaban consultas o salían de brigada a los municipios cercanos, aclarando que cuando se desplazó sábados y domingos lo hizo solo con estudiantes de la UPTC y de la UNIBOYACA:

*Cuando usted laboraba en el centro de recuperación nutricional que actividad desempeñaba allí. RTA: **yo era la coordinadora del Centro de Recuperación Nutricional.** Señora Ruiz en la demanda se afirma que la señora Nubia Eslava Camargo mantuvo una relación laboral oculta bajo un contrato de prestación de servicios con las entidades demandadas en este caso con Prosperar outsourcing y la ESE Santiago de Tunja usted tiene algún tipo de manifestación que realizar frente a esa afirmación que se hace en la demanda. RTA: **en el 2009 llegue no me acuerdo si fue para junio o para julio, yo llegue y ya el centro de recuperación estaba funcionando no sé qué tipo de contratación tuvieran en ese entonces yo solamente llegue a activar unas actividades que hacían falta para dar cumplimiento a un contrato, después del 2009 ya nos cambiaron como de contratación yo siempre he dicho cooperativa pero***

realmente no sé cuál es la figura y entonces si estoy diciendo mal me excuso primero, siempre las he visto como una cooperativa, tercerización entonces después nos cambiaron a una empresa pero no sé si ellos estaban en las misma situación en la que yo estaba, trabajó para el Centro de Recuperación Nutricional si ella trabajó, pero saber el tipo de contratación que ella tenía exactamente no sé.

Usted sabe o le consta si la señora Nubia Eslava Camargo durante el tiempo que usted tuvo el vínculo con ella cumplía horario en el Centro de Recuperación Nutricional. RTA: **bueno pues el Centro de Recuperación Nutricional funcionaba como un hospital para la recuperación nutricional y ellos arrancaron en el 2008 con un objetivo que era hacer el abordaje integral de todos los 5 años, 11 meses, 29 días que se presentasen con deficiencia nutricional o desnutrición, en ese entonces cuando arrancaron fue con la clasificación UANTRO ósea todos los niños que tuvieran desnutrición irían allí, una desnutrición aguda, una desnutrición global y la desnutrición ya sea aguda o severa porque la leve no se hospitalizaba, entonces se manejaba como una especie de hospitalización, teniendo en cuenta que se maneja como una especie de hospitalización, pues hay algunas actividades que implican la presencia de muchos profesionales, si a eso es que hace referencia.**

Nos gustaría que usted fuera un poco más precisa en el tiempo que usted mantuvo el vínculo con ella usted veía que ella cumpliese horario la señora Nubia Eslava Camargo. RTA: **pues en el tiempo que yo estuve en el Centro de Recuperación Nutricional, estaban de disponibilidad de tiempo completo tanto ella como yo que era la médico.**

Díganos si durante el tiempo que usted estuvo ahí debía permanecer la nutricionista un número específico de horas la nutricionista Nubia Eslava Camargo. RTA: **pues determinarle el número de horas a cada profesional es bien difícil teniendo en cuenta que son actividades que requieren presencia de algunos profesionales, entonces por ejemplo las actividades que se adelantaban allí ella era la nutricionista, pero a la vez ella era la coordinadora del servicio de alimentación, porque se daba servicio de alimentación a los niños, entonces a la hora del desayuno ella tenía que estar allí con sus minutos, a la hora del almuerzo tenía que verificar que se sirviera almuerzo o por lo menos que quedara el almuerzo con las minutos con las kilocalorías y con lo que requiriera cada niño, a la hora de la cena pues ella también tenía que vigilar que se cumpliera ese proceso, habían unas cosas muy puntuales si es a lo que el Doctor se refiere es por ejemplo la consulta, nosotros teníamos a cargo 22 municipios del departamento donde se realizaba la consulta, la consulta se hacía el seguimiento de todos los niños que salían allí, para no dejar caer el proceso de nutrición que se había adelantado, entonces eso funcionaba como la consulta de cualquier IPS, el niño tenía consulta a las dos de la tarde pues todos teníamos que estar a las dos de la tarde y **generalmente en la tarde se hacía la consulta cuando no estábamos en brigada,** entonces como teníamos 22 municipios y había que hacer tamización en los 22 municipios nosotros nos desplazábamos a los municipios y los días que no nos desplazábamos a los municipios se hacía consulta, ya no recuerdo exactamente pero si no estoy mal se dejó los días lunes, martes y algunos viernes, para desplazamiento a los municipios aunque a algunos municipios viajamos los días sábados, pero cuando viajamos los días sábados fui yo sola con los estudiantes y con el personal de apoyo que tenía, que hacíamos articulación como tome y deme **con las universidades y cuando me desplace sábados y domingos me desplace sola con los estudiantes, pero de lunes a viernes si nos desplazamos con el equipo en muchos municipios y los otros días que no teníamos municipio teníamos en la tarde hacer consulta de seguimiento.****

Quienes conformaban ese equipo que usted acaba de mencionar. RTA: **el grupo interdisciplinar estaba conformado por la doctora Nubia nuestra nutricionista, el doctor Oscar Eduardo que era el psicólogo, no teníamos enfermera jefe y mi persona,** son los tres profesionales que conformaban el equipo, recibíamos apoyo del Doctor Pediatra Jiménez que él iba o todos los lunes o lunes y martes cuando se requería

él iba allá pero no tenía contrato ni con la Santiago ni con la secretaria, fue una articulación que hicimos bajo docencia servicio, se hizo una articulación para dar un valor agregado de donde contamos con la presencia del doctor Jiménez que nos acompañó durante el tiempo escolar, él no nos acompañaba durante el tiempo que no fuera escolar, de lo contrario él nos acompañaba él iba con los estudiantes de la UPTC.

También se logra extraer del testimonio de la señora NELLY JAZMIN RUIZ que así como hubo épocas de muchos pacientes en el Centro de Recuperación Nutricional y se demoraban pasando la revista hasta las 12 o 1 de la tarde, existieron épocas donde tan solo habían 7 pacientes y por consiguiente terminaban de pasar la revista a las 9 u 10 de la mañana, por lo tanto, la coordinadora del Centro de Recuperación Nutricional reconoce que para poder catalogar las actividades que se desempeñaban en el dicha institución como continuas dependía del número de pacientes.

Sin embargo, aduce que independiente del número de pacientes los trabajadores debían permanecer en las instalaciones del Centro de Recuperación Nutricional, pues, en cualquier momento remitían pacientes de otras instituciones y debían ser atendidos de inmediato, así como también que a los pacientes hospitalizados por desnutrición se les debían dar formulas cada dos horas:

Usted ha dicho en respuestas anteriores que algunos de los profesionales que algunos de los profesionales que prestaban los servicios allí prácticamente debían de estar de tiempo completo a que se refiere usted cuando dice tiempo completo. RTA: bueno de tiempo completo me refiero a lo siguiente, cuando nosotros empezamos a hacer las actividades del centro de recuperación nutricional hay que pasar una revista igual que un hospital una revista médica, esa revista médica yo llegaba a las 7 de la mañana para poder estar en la revista de entrega de las auxiliares de enfermería, después de la entrega de las auxiliares de enfermería, arrancábamos la revista médica para poder saber todo lo concerniente a cada paciente, funcionaba prácticamente como un hospital día, entonces después de esas actividades depende el volumen de pacientes terminaba uno tipo 10, 11, 12 de la mañana y depende el volumen de pacientes si tenemos, una época tuvimos como 7 paciente otra época tuvimos 18, 20, 22 pacientes, entonces cuando teníamos 22 pacientes terminábamos a las 12, 1 de la tarde y cuando teníamos poquitos pacientes terminaba uno sobre las 9 de la mañana, 10 de la mañana y en la tarde seguíamos con las actividades de seguimiento que es la consulta externa que era lo que se hacía y se atendía a todos los pacientes que venían de todos los municipios. CONTINUADA SUBORDINACION

Díganos esos servicios nutricionales que se prestaron a los menores de las edades que usted mencionó si han sido unos servicios de carácter permanente que preste la ESE Santiago de Tunja. RTA: no, esos servicios no eran de carácter permanente, esos servicios se levantaron bajo una ordenanza aquí en el departamento y bajo una línea de una política pública.

Mi pregunta es las actividades tenían que ser permanentes o podían ser esporádicos por decir un día si un día no. RTA: no esporádicas nunca, con estas actividades que le mencionó esporádicas no pueden ser, continuas son continuas, pero también depende del volumen de pacientes.

Usted nos ha mencionado acá que habían algunas actividades o algunos momentos donde había un nivel de actividad mucho más bajo por el número de pacientes otras épocas o momentos en donde fue mucho más alto por el volumen de pacientes quisiera saber si en esos momentos de muy baja afluencia o presencia de pacientes pediátricos en el centro de recuperación nutricional era posible que algún miembro del equipo pudiera retirarse de las instalaciones si la actividad no requería estrictamente su permanencia en el centro y volver cuando lo requiriera o era obligatorio en cualquier caso permanecer dentro de las instalaciones del centro independientemente del volumen de pacientes y

actividades. RTA: **independiente del volumen de pacientes había que permanecer hay, porque es un centro de donde nos remitían pacientes, entonces no nos podíamos ir de allí y volver cuando llegara el paciente, en el hecho de medicina y en el hecho de nutrición, nosotros nunca contamos con una enfermera jefe para administración de medicamentos, los medicamentos los estaba administrando la enfermera bajo la supervisión del médico, entonces de ahí también que en las brigadas nos buscáramos un apoyo y por ejemplo en la parte nutricional así sea un paciente hay quedarle formulas cada dos horas.**

De los testimonios transcritos se puede concluir que los mismos guardan sintonía en el sentido de que la demandante Nubia Eslava Camargo cumplía funciones de forma personal en el Centro de Recuperación Nutricional de la ESE Santiago de Tunja, cumpliendo una carga laboral y unas funciones que por su naturaleza implicaban que ella permaneciera desde las 8 am o antes hasta el mediodía y de las 2 pm hasta las 6, 7 u 8 de la noche.

También se advierte que todos los testimonios coinciden en que el lugar donde se prestaban los servicios por parte de la demandante eran las instalaciones que tenía en arrendamiento en el barrio los muiscas la ESE Santiago de Tunja y que los elementos con los que se realizaban los trabajos y las dotaciones del personal las suministraba la ESE Santiago de Tunja.

Sin embargo, a pesar ser concordantes las declaraciones rendidas el despacho encuentra algunas ambigüedades que procede a exponer:

Respecto del horario de trabajo que cumplía la señora Nubia Eslava Camargo y la permanencia de ésta en el Centro de Recuperación Nutricional advierte el despacho ciertas ambigüedades como por ejemplo el hecho de que en la declaración de la señora OLGA LUCIA PIRACOCA quien laboró en el centro de recuperación nutricional en el año 2009, manifiesta que la nutricionista Nubia Eslava Camargo no cumplía horario, ya que, llegaba a pedirles cuentas a las 8 o 9 de la mañana o a veces más temprano, es decir, que la demandante llegaba "a ratos" mas no de manera constante o permanente.

Aunado a lo anterior, el testimonio de la señora BLANCA GLADIS PEÑA quien como se advirtió era la persona encargada de preparar las recetas como se lo indicara la demandante señaló que la señora Eslava Camargo solo demoraba media hora en la cocina revisando la preparación de las recetas que se debían suministrar a los menores que se encontraban hospitalizados en el Centro de Recuperación Nutricional:

*"Dentro de las funciones que usted dice que cumplía la señora Nubia Eslava Camargo como jefe suya citenos cuales eran esas funciones. RTA: la doctora siempre nos daba las dietas, la minuta que teníamos que hacer de comida y para preparar las dietas de los niños. Díganos cuanto tiempo gastaba la Doctora Nubia Eslava Camargo dándoles esas funciones que usted acaba de mencionar. RTA: **pues como ellos siempre pasaban revista de niños porque todos los días ingresaban niños entonces a cada niño cuando llegaba se le hacia una preparación, los que ya estaban más de 8 días se les hacia otra dieta.** RTA: **media hora, en la cocina**".*

También encuentra el despacho que la misma coordinadora del Centro de Recuperación Nutricional NELLY JAZMIN RUIZ pese a que sostiene que las funciones propias del cargo de nutricionista implicaban la permanencia constante en el Centro de Recuperación Nutricional, también reconoce que en épocas donde hubo poca afluencia de pacientes terminaban de hacer sus labores de revista a las 9 o 10 de la mañana, lo cual permite ver con meridiana claridad que no siempre las funciones implicaron la permanencia absoluta de los profesionales que trabajaban allí, es decir, según la versión rendida, las actividades

no fueron siempre continuas porque el Centro de Recuperación no siempre estuvo con un número alto de pacientes que exigiera la permanencia constante de las personas que prestaban sus servicios en dicha entidad.

En cuanto al horario de trabajo de la demandante se encuentra otra inconsistencia que tiene que ver con el hecho de que los testimonios ratifiquen que la demandante Nubia Eslava Camargo cumplía un horario que en horas de la tarde llegaba hasta las 6 u 8 de la noche, pues obra dentro del plenario como prueba documental el Oficio de 15 de septiembre de 2014 por medio del cual el Coordinador Regional de Operaciones Boyacá de Salucoop presenta el histórico de los aportes de al Sistema General de Seguridad Social en Salud. (fls. 613-619) y donde se da cuenta que en el año 2011 aparecen cotizaciones realizadas por la Fundación Universitaria Juan de Castellanos, situación que se corrobora con el Extracto de semanas cotizadas por la señora Nubia Eslava Camargo entre enero de 1967 a Julio de 2012, expedido por el Instituto de Seguros Sociales I.S.S. (fls. 58 a 64).

En razón a lo anterior, en el Interrogatorio de parte de la señora Nubia Eslava Camargo se indagó sobre esta situación a la demandante a lo cual respondió que efectivamente ella dicto una catedra en dicha universidad pero que inicialmente la quería dictar en el horario que tenía en la ESE Santiago de Tunja, pero que no pudo porque debía permanecer todo el tiempo en el Centro de Recuperación Nutricional, así mismo, aclaró que la catedra era de dos días a la semana y que la dictaba después de las 5 y media o 6 de la tarde:

*Diga cómo es cierto sí o no que para el periodo comprendido entre el año 2009 al año 2011 usted tenía un vínculo laboral adicional con la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. RTA: **hee haber, realmente lo que tuve fue una catedra que quise dictarla en el horario que tenía en la ESE y no se me permitió porque tenía que estar todo el tiempo allí.***

*Diga cómo es cierto sí o no que para el periodo comprendido entre el año 2009 al año 2011 usted tenía un vínculo laboral adicional con la Fundación Universitaria Juan de Castellanos. RTA: **sí, pero quiero aclarar que era una catedra de dos horas a la semana y que las dictaba después de las 5 y media 6, me toco correr el horario para poder dictar la catedra solo una vez a la semana.***

Lo anterior, muestra una clara inconsistencia, en el sentido de que los testimonios sostenían que la demandante Nubia Eslava Camargo trabajaba hasta las 6 u 8 de la noche y la misma señora Eslava Camargo manifestó que dictaba clase en la Fundación Universitaria Juan de Castellanos después de las 5 y media o 6 de la tarde. Razón por la cual, para el despacho no es coherente que la señora Nubia Eslava Camargo cumpliera un horario de trabajo de manera permanente e ininterrumpida, sin que esto signifique que esta no pasara gran parte del día en el Centro de Recuperación Nutricional porque las funciones del cargo así lo implicaban, solo que no en la forma aducida en los testimonios.

Finalmente, resalta el despacho que todos los testimonios al unísono manifiestan que el lugar físico donde se prestaban los servicios y donde funcionaba el Centro de Recuperación Nutricional se encontraba en arriendo por la ESE Santiago de Tunja, así como que las dotaciones y demás elementos con los que se prestaban los servicios en el Centro de Recuperación Nutricional eran proporcionados por la ESE Santiago de Tunja, lo cual, no se encuentra acreditado dentro del proceso por medio de prueba conducente como la copia del contrato de arrendamiento de las instalaciones donde funcionaba el Centro de Recuperación Nutricional o las actas de entrega de elementos de trabajo y dotaciones por parte de la ESE Santiago de Tunja.

Pese a lo anterior, obra en el plenario copia autentica del contrato de prestación de servicios administrativos de los años 2010 y 2011 suscritos entre la Empresa Social del Estado y el Grupo Prosperar Outsourcing modalidad de procesos y subprocesos, cuyo objeto señala que "en desarrollo de este contrato EL CONTRATISTA se obliga para con la ESE a prestar sus servicios de manera autogestionaria ejecutando actividades asistenciales y las conexas necesarias en la Empresa Social del Estado, de acuerdo con las necesidades y requerimientos que le formule la E.S.E., quien establece el perfil e idoneidad requeridos para desarrollar dichos procesos, con relación al estándar del recurso humano dispuesto por las normas de habilitación, siendo parte integral del presente documento la propuesta presentada y los Estudios Tecnológicos sobre las necesidades de la Empresa" y se establecen como obligaciones del contratista -Grupo Prosperar Outsourcing- las que se destacan a continuación:

*"20. EL CONTRATISTA se compromete a realizar seguimiento sobre la asistencia y aplicación de las instrucciones recibidas en los procesos de inducción y capacitación brindadas por La E.S.E. 21. EL CONTRATISTA deberá tener un programa de salud ocupacional y coordinara con el interventor designado las acciones necesarias para dar cumplimiento al reglamento de higiene o seguridad, el programa de salud ocupacional, dar cumplimiento a la política de seguridad y salud ocupacional y seguridad ambiental y en general a los procedimientos seguros de trabajo de La E.S.E. según la actividad a realizar en la Institución. De igual manera deberá acogerse a los planes de emergencia y evacuación de La E.S.E. y de contingencia del área de mantenimiento. Uso de los elementos de protección siempre que la actividad lo requiera. [...] 23. La incorporación de nuevo recurso para la ejecución del contrato es de responsabilidad exclusiva del CONTRATISTA, ajustándose a los perfiles ocupacionales establecidos en la ley. 24. **La inducción del recurso para la ejecución del presente contrato deberá ser coordinada por el CONTRATISTA con el área de Talento Humano de la E.S.E. no obstante es responsabilidad del CONTRATISTA las actuaciones de su personal.** 25. **El CONTRATISTA se compromete a carnetizar al recurso con el cual prestará el servicio y a verificar que el carnet sea portado durante el tiempo de permanencia en la E.S.E. igualmente deberá suministrar los elementos de protección que requieran los trabajadores así como la dotación respectiva según los procesos que este ejecutando en desarrollo del objeto contractual**" (fls. 283 a 292)*

De lo anterior se advierte que era una obligación del contratista -Grupo Prosperar Outsourcing- suministrar los elementos de protección que requerían los trabajadores así como la dotación respectiva según los procesos que este ejecutando en desarrollo del objeto contractual, por tanto, no se entiende como la ESE Santiago de Tunja iba a cumplir con estas obligaciones cuando la entidad que debía hacerlo, como se advirtió era el Grupo Prosperar Outsourcing y como en el proceso solo aparecen testimonios indicando lo contrario a lo pactado en los contratos referenciados, advierte el despacho que los mismos no tienen la entidad suficiente para controvertir o enervar la prueba documental que obra en el expediente.

5.3.2 El salario como retribución del servicio.

Dentro del proceso aparece acreditada la remuneración recibida por la demandante Nubia Eslava Camargo del tiempo que trabajo con la E.S.E. Santiago de Tunja en el año 2009 con las copias de las cuenta de cobro realizadas por Nubia Eslava Camargo, al Centro de Recuperación Nutricional de la E.S.E. Santiago de Tunja, con el fin de obtener el pago de sus labores realizadas como nutricionista en los meses de febrero, marzo, abril, junio, agosto y noviembre de 2009 junto con anexo de las labores realizadas en el mes de enero y febrero (fl. 33 a 41, 251 a 253, 249, 254 a 259)

De igual manera aparecen dentro del plenario los Extractos cuenta de ahorros de la señora Nubia Eslava Camargo del Banco de Bogotá de los años 2010 y 2011 donde figuran los abonos de pago de nómina del Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S. (fls. 48 a 55), así como también los desprendibles del pago de nómina del Grupo Prosperar Outsourcing a la señora Nubia Eslava Camargo de los meses de agosto, septiembre y octubre de 2011. (fl. 57).

Con las pruebas documentales allegadas de los pagos por las labores realizadas por la demandante a la E.S.E. Santiago de Tunja y el Grupo Prosperar Outsourcing S.A.S. se encuentra acreditada la remuneración percibida como retribución de los servicios prestados.

5.3.3 La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador.

El artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo señala los elementos constitutivos de una relación laboral, dentro de los cuales se destaca “la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país”

En aras de verificar la continuada subordinación durante todo el tiempo que la demandante prestó sus servicios en el Centro de Recuperación Nutricional el despacho por medio de un análisis riguroso de las pruebas testimoniales que obran en el proceso, examinará las mismas para determinar si lo declarado tiene la entidad de demostrar de manera fehaciente los hechos a que se refieren, sobre el particular ha sostenido el Consejo de Estado:

*“La prueba testimonial es un medio probatorio que reviste especial connotación en el curso de un proceso, en la medida en que es la prueba por excelencia para acreditar conductas humanas y acontecimientos de la sociedad y de la naturaleza. Por ello se han determinado criterios objetivos de valoración probatoria, como son: la probidad de quien interviene en la prueba, en el que se tiene en cuenta las condiciones personales del testigo, la aptitud en la declaración; la ciencia, relacionados con la fuente de conocimiento del testigo; la credibilidad, que es la conducencia de la declaración; y la concordancia, entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba. **Asimismo, el estudio debe hacer un análisis retrospectivo, esto es, al proceso de formación del testimonio, lo cual viene a ser clave para que lo declarado tenga la virtud de acreditar los supuestos de hecho que sirven de fundamento a las pretensiones.**”²³*

Así pues, el testimonio de la señora BLANCA GLADIS PEÑA señala frente a la pregunta de si la señora Nubia Eslava Camargo recibía órdenes o instrucciones de alguna persona de la ESE Santiago de Tunja que en el Centro de Recuperación Nutricional siempre estaba la coordinadora sin precisar quien daba órdenes en esa entidad a la señora Eslava Camargo pues solo se refirió a “la coordinadora, todos los que trabajan allí” así mismo que “todos coordinaban allí”, también manifestó que cuando eran por periodos de

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de veintiocho (28) de enero de dos mil quince (2015), Radicación número: 05001-23-31-000-1997-03186-01(30061), Consejero ponente: OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ (E).

tiempo cortos le pedían permiso a la coordinadora y de resto le tenían que pedir permiso a las directivas de la ESE Santiago de Tunja:

*"Sumercé le consta que la señora Nubia Eslava Camargo recibía órdenes o instrucciones de alguna persona de la ESE Santiago de Tunja. RTA: **pues allí siempre estaba la coordinadora médica que era la Doctora Jazmín no me acuerdo el apellido pero siempre estaban por la ESE.***

*Díganos si usted sabe quién le daba las órdenes a la señora Nubia Eslava Camargo en el centro de recuperación en el año 2010. RTA: **pues hay no, pues la coordinadora médica, todos los que trabajaban hay.***

*BLANCA GLADIS PEÑA Usted sabe o tiene conocimiento si la Doctora Nubia tenía que someterse a órdenes o a directrices que daba alguna persona de la ESE Santiago de Tunja o de que entidad. RTA: **pues siempre de la ESE porque de que entidad, pues ellas estaban contratadas por la ESE entonces ellas con la Doctora Jazmín que era la coordinadora médica todos coordinaban allí.***

*Sabe usted o tiene conocimiento si para ausentarse de su sitio de trabajo la Doctora Nubia Eslava debía contar con el visto bueno el permiso o la aquiescencia de alguna persona o libre y voluntariamente ella podía retirarse de su habitual sitio de trabajo sin informar o sin pedir permiso a alguna persona. RTA: **pues tengo entendido que cuando era media hora o algo se entendían con la coordinadora médica, el resto tenían que venir a la ESE Santiago no sé cuántos permisos**".*

Por su parte el psicólogo del Centro de Recuperación Nutricional OSCAR EDUARDO SANDOBAL RODRÍGUEZ señaló que la Coordinadora del Centro Nutricional era la encargada de liderar los procesos del centro nutricional y que debían supeditarse todos los profesionales que trabajaban en dicha institución a lo que decía la ESE Santiago de Tunja. También manifestó que cuando pedían permiso debían informar a la Empresa Social del Estado, pero si era un periodo corto de tiempo se acordaba con la coordinadora del Centro de Recuperación Nutricional:

*"Usted sabe o le consta si la Doctora Nubia Eslava Camargo recibía órdenes de algún miembro de la ESE Santiago de Tunja. RTA: **si, la coordinadora del centro nutricional la Doctora Jazmín Ruiz ella era digamos la encargada de liderar todos los procesos en el centro nutricional.***

*Sírvase informarle al despacho si usted sabe o tiene conocimiento si la Doctora Nubia Eslava Camargo durante el tiempo que prestó sus servicios a la ESE Santiago de Tunja debía cumplir con órdenes o con parámetros referidos por la ESE Santiago de Tunja, en caso tal que personas lo hacían lo dirigían el servicio que esta prestaba. RTA: **pues como tal la coordinadora era la Doctora Jazmín Ruiz una médica, pero pues si yo recuerdo que todos debíamos supeditarnos a lo que nos decía la ESE.***

*Sabe o tiene conocimiento si la Doctora Nubia Eslava Camargo para ausentarse de su habitual sitio de trabajo podía hacerlo libre y voluntariamente sin autorización o permiso de alguien o tenía que contar con la autorización o permiso de una persona en especial, en caso tal de que persona o personas. RTA: **pues cuando de pronto era un permiso de un día o algo así imagino que como todos debía informar a la ESE, eso a uno le tocaba notificarse, de pronto cuando era una horita eso se acordaba con la coordinadora, pero salir sin permiso no.***

*Durante el tiempo que tuvieron vinculación laboral con el outsourcing prosperar S.A.S. a quien le solicitaban ese tipo de permisos. RTA: **le repito alguna vez hable con la Doctora Jazmín para solicitar un permiso de un día y ella me dijo hay que tramitarlo***

directamente con la ESE, yo pase un formatico y directamente con el Doctor Jaime se pasara ese formatico, no sé si le pasaran copia a prosperar porque ahí también había una funcionaria de prosperar que se llamaba Ibón, pero recuerdo directamente haber estado en la oficina con el Doctor Jaime y el me dio un formatico que hay que llenar”.

Ahora bien, el testimonio de la señora ESPERANZA USA CORDERO indicó que la nutricionista Nubia Eslava Camargo recibía órdenes de la coordinadora porque ésta era la jefe inmediata que se encargaba de cualquier evento en el Centro de Recuperación Nutricional:

*“Díganos si a usted le consta que la señora Nubia Eslava Camargo mantuvo recibía órdenes de algún personal de la ESE Santiago de Tunja. RTA: **de la coordinadora, la doctora Jazmín Ruiz.***

*Díganos si usted sabe o tiene conocimiento si durante el tiempo que usted prestó los servicios allá Nubia Eslava Camargo tuvo algún jefe. RTA: **nuestro jefe inmediato siempre era la doctora Jazmín Ruiz pero más no.** Porque sabe usted que era ella la jefe inmediata de Nubia Eslava Camargo. RTA: **porque era la coordinadora del centro de recuperación cualquier evento que pasara o algo siempre era con ella”.***

De los testimonios transcritos se puede arribar a la conclusión de que en estricto sentido no existía una relación de subordinación respecto de la coordinadora del Centro de Recuperación Nutricional Dra. Nelly Jazmín Ruiz, sino más bien una relación de coordinación, pues, el testimonio de la señora BLANCA GLADIS PEÑA sostenía que “todos coordinaban allí” y en la misma línea el psicólogo del Centro Nutricional al referirse a los permisos manifestaba que no le pedían permiso a la coordinadora sino que acordaban con ella para poderse retirar del sitio donde prestaban sus servicios.

Por lo anterior, cobra relevancia el testimonio de LUZ MARINA YANQUEN ABRIL quien sostuvo que la señora Nubia Eslava Camargo no tenían ningún jefe inmediato, a saber: “Díganos si durante el tiempo que prestaba los servicios de nutricionista ella tenía algún jefe inmediato. RTA: **no ella no tenía”.**

Ahora bien, la misma coordinadora Dra. NELLY JAZMIN RUIZ reconoció que nunca ordenó u obligó a alguien a nada fuera de las actividades que debían cumplir.

En el tema referente a los permisos señaló con claridad que ella nunca otorgó algún tipo de permisos, y aclaró que los permisos se le solicitaban a la secretaria del outsourcing llamada Ivón Barrera. En cuanto a la pregunta de si ella ejercía algún tipo de autoridad sobre el equipo de trabajo respondió que no, porque todo el mundo hacía lo que tenía que hacer, así como tampoco ella cumplía funciones de vigilancia de horarios ya que ella se encargaba de verificar que las actividades se desarrollaran con normalidad.

*Usted nos ha dicho en respuestas anteriores que usted cumplió allí durante el año 2009 las funciones de coordinadora díganos concretamente cuales eran esas funciones como coordinadora. RTA: **bueno como coordinadora teníamos que entregar unos informes a la secretaria de salud y teníamos que verificar que todos los procesos para esos informes y las actividades que estaban contratadas con la secretaria de salud se llevaran a cabo.***

*Díganos si para el año 2009 cuando usted dice que cumplía las funciones de coordinadora en el centro de recuperación nutricional usted verbal o por escrito le ordenó a la señora Nubia Eslava Camargo un horario. RTA: **no, yo nunca obligue a nadie, pero si los obligue a que se desarrollaran las actividades porque obviamente iban a hacer la***

glosa, precisamente por eso llegue al centro de recuperación nutricional porque el contrato no se estaba llevando a cabo, llegue para hacer cumplir las actividades.

Cuando un trabajador o una persona que prestaba sus servicios o desarrollaba sus actividades en el centro de recuperación nutricional se ausentaba personalmente en el día o durante varios días era obligatorio o era un requisito que usted otorgara los permisos para ausentarse del centro de recuperación nutricional. RTA: **no yo nunca otorgue permisos de hecho ellos nunca me pidieron permisos siempre pedían permiso a una chica que era la secretaria del outsourcing a Ibón. Hace usted referencia a Ibón Barrera. Si pero a mí no, de hecho como que la doctora Nubia nunca pidió permiso no se, pero yo nunca di permiso absolutamente ninguno.**

Quisiera saber si dentro del contrato que usted tenía como coordinadora del centro de recuperación nutricional una de sus funciones que le hayan sido asignadas estaba la de ejercer algún tipo de autoridad sobre un equipo de trabajo, es decir, si algunos miembros del equipo de trabajo o que prestaban sus servicios en el centro de recuperación nutricional estaban bajo su subordinación directa. RTA: **no, de hecho fue uno de los tiempos más bonitos de la ESE Santiago de Tunja porque no tuve problema todo el mundo hacía lo que tenía que hacer** dentro de sus actividades de hecho vivían haya conmigo las 24 horas.

Díganos si dentro de esas funciones que usted cumplía estaban las de ser vigilante del cumplimiento de los horarios si es que los había allí en el centro de recuperación para las demás personas que laboraban allí. RTA: **pues vigilante, vigilante de horarios no porque en ningún momento había alguna actividad de vigilante de horarios, pero de las actividades si,** entonces que quiere decir eso, resulta que si nosotros tenemos una población infantil por desnutrición que su principal complicación es la hipotermia que es una urgencia vital, si llegaba un niño a hospitalizarse o nos enviaban un niño de cualquier municipio tenía que estar ahí el médico la nutricionista y si había problema psicosocial obviamente el psicólogo.

Aunado a lo anterior, la señora NELLY JAZMIN RUIZ señaló que las funciones que desempeñaban las personas que estaban llevando a cabo sus actividades en el centro de recuperación nutricional estaban supeditadas e inmersas al contrato entre la Secretaria de Salud y la ESE Santiago de Tunja y que por tanto las personas que prestaban sus servicios allí no dependían de la ESE solo fueron contratados **“para hacer esas actividades y ya”**:

“Usted nos ha mencionado que las actividades que desarrollaban dentro del programa de recuperación nutricional de los menores estaban de alguna manera enmarcado dentro de unas normas que usted ha mencionado una ordenanza una resolución y ha mencionado la expresión una política pública yo quisiera saber si con base en eso las funciones que desempeñaban las personas que estaban llevando a cabo sus actividades en el centro de recuperación nutricional estaban supeditadas o no a la voluntad de la ESE Santiago de Tunja o si esas actividades estaban supeditadas a un marco normativo general para esos programas. RTA: **estaban al contrato inmersas completamente al contrato entre la secretaria de salud y la ESE Santiago de Tunja, que se toma como antecedentes para poder montar como todos los proyectos en salud, se toman como antecedentes para poderlos montar se toman esos antecedentes y se toma, de hecho hay un Compes que ahorita no me acuerdo,** de hecho no estoy muy segura creo que es el 109, no recuerdo exactamente que esto es todo lo que lleva a tomar la decisión al departamento para montar los programas de centros de recuperación nutricional y las actividades son las que nosotros venimos a desarrollar nosotros dentro de cada área que incluso hay unas competencias clarísimas en la resolución que le digo la 4533 están todas las competencias y funciones de los funcionarios que las hizo el ICBF para todos los centros de recuperación nutricional. Quiere decir entonces que no dependían exclusivamente de la administración de la ESE Santiago de Tunja. RTA: **directamente no, exclusivamente no, ellos nos contrataban para hacer esas actividades y ya”**.”

Con la declaración de la Dra. NELLY JAZMIN RUIZ se ratifica la conclusión de que existía una relación de coordinación entre la señora JAZMIN RUIZ y los demás miembros del grupo interdisciplinar que atendía a los niños y niñas con desnutrición en el Centro de Recuperación Nutricional incluida la nutricionista Nubia Eslava Camargo.

Desenciendo al fondo del asunto se tiene que si bien es cierto por la naturaleza de las funciones como nutricionista de la señora Nubia Eslava Camargo implicaban una permanencia y una disponibilidad en el Centro de Recuperación Nutricional, también lo es que esta disponibilidad no fue absoluta, pues como se reconoció, en épocas donde no habían muchos pacientes se entiende que las personas se desocupaban de sus labores con prontitud, tanto así que se contradicen los testimonios en el sentido de que si la actora terminaba en horas de la tarde, casi noche sus actividades, porque ella misma reconoció que dictaba una cátedra en el año 2011 de a las 5 o 6 de la tarde. Esto tampoco constituye un óbice para considerar que el personal del centro debía estar con disponibilidad permanente para el desarrollo de sus obligaciones contractuales, porque las mismas lo requerían.

Sobre este punto el Consejo de Estado en un caso donde un asesor jurídico de la cuarta brigada del ejército alegaba que debido a las funciones que desempeñaba, tenía que cumplir un horario de trabajo que implicaba la permanencia y disponibilidad todo el día el máximo órgano de lo contencioso administrativo sostuvo:

“lo demostrado con las declaraciones fue la disponibilidad que debía tener el actor en calidad de asesor para atender los requerimientos propios de las obligaciones contractuales, lo que por supuesto, no implica o conlleva la imposición o cumplimiento de un horario laboral”²⁴

En consecuencia, en el caso *sub examine* y de conformidad con los argumentos esbozados en el acápite 6.3.1 de esta sentencia se tiene que la demandante Nubia Eslava Camargo no cumplía un horario de trabajo, solo demostró la disponibilidad de tiempo para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Ahora bien, en cuanto a la continuada subordinación durante todo el tiempo de prestación de servicios en el Centro de Recuperación Nutricional tiene que decir el despacho que la misma no se configuró habida cuenta de que las pruebas testimoniales tal como se dijo en el acápite 6.3.3 de esta sentencia, acreditan es una relación de coordinación del equipo interdisciplinar, pues la señora NELLY JAZMIN RUIZ –coordinadora del Centro de Recuperación Nutricional para la época de los hechos- simplemente coordinaba actividades sin dar órdenes específicas que desbordaran el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por cada una de las personas que prestaban sus servicios en el Centro de Recuperación, además, quedó desvirtuado con el testimonio de la Doctora RUIZ que ella diera permisos o tuviera funciones relacionadas con el ejercicio de autoridad respecto del personal que trabajaba en la atención de los niños con problemas de desnutrición.

Sobre este particular ha precisado la Sección Segunda del Consejo de Estado con especial reflexión que:

“es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, incluye el cumplimiento

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de cuatro (04) de febrero de 2016, Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15), Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.

de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación²⁵

En razón a lo anterior, se impone al despacho bajo el amparo de la jurisprudencia citada reiterar que el hecho de que la señora NELLY JAZMIN RUIZ impartiera instrucciones para el desarrollo de las actividades que como equipo interdisciplinario debían cumplir no se erige como una prueba del elemento subordinación de una relación laboral, que además debe ser continua.

Además de los elementos señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que se necesita acreditar el requisito de la permanencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral, a saber:

“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 laboral²⁶

En consecuencia, hay que decir que la demandante no logró demostrar el cumplimiento de los tres requisitos que configuran una relación laboral, pero además, tampoco logró demostrar que la labor que ella desempeñaba era inherente a la entidad, como requisito establecido por la jurisprudencia, ya que, en el acápite 6.2 denominado “De la situación especial del Centro de Recuperación Nutricional frente a la ESE Santiago de Tunja” y sus dos sub temas “Los orígenes y la naturaleza temporal del Centro de Recuperación Nutricional” y “La falta permanencia del empleo de nutricionista en la ESE Santiago de Tunja”, se da cuenta de que el Centro de Recuperación Nutricional tenían un origen limitado en el tiempo, ya que, hacia parte del cumplimiento de unos imperativos de orden nacional que implantaron en materia de salud la recuperación de los niños y niñas menores de 5 años que se encontraran en condiciones de desnutrición.

Aunado a lo anterior, también se advirtió que el cargo de nutricionista no se encontraba dentro de la planta de personal de la ESE Santiago de Tunja ni que las funciones de nutricionista fueran inherentes a dicha entidad, así como tampoco que hayan tenido la suficiente entidad para hacer crear este cargo dentro de la entidad.

Por los razonamientos esgrimidos arriba es forzoso para el despacho negar las suplicas de la demanda impetrada por la señora Nubia Eslava Camargo y declarar probadas las excepciones propuestas por el apoderado de la ESE Santiago de Tunja denominadas “Falta de legitimación de la causa por pasiva”, “Inexistencia de la relación laboral”, “Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de causal de nulidad que invalide la decisión emitida por empresa Social del Estado Santiago de Tunja a través del oficio GER 1000-392 del 3 de octubre 2012”.

Frente a la excepción denominada “Mala fe” encuentra el despacho que de conformidad con lo prescrito por el artículo 83 superior **“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se**

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de seis (6) de octubre de dos mil onces (2011), Radicación número: 25000-23-25-000-2007-01245-01(0493-11), Consejera ponente: BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PAEZ

²⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14), Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE

presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas, en consecuencia, el solo hecho de que no se hayan acreditado dentro del proceso los dichos de la demandante no quiere decir *per se* que esta actuó de mala fe, razón por la cual, no se declarara probada dicha excepción.

6. Costas.

De conformidad con el numeral 8° del artículo 365 del C. G. del P., que establece “*Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan que se causaron y en la medida de su comprobación*”, el despacho se abstendrá de realizar condena alguna en ésta instancia en la medida en que no aparecen comprobadas. Se precisa en éste punto, que el despacho no desconoce el reciente pronunciamiento del Consejo de Estado de fecha 07 de abril de 2016²⁷, en el que se acoge el criterio objetivo respecto a la causación de las costas, no obstante, como quiera que no se trata de un pronunciamiento unificado de la Sección Segunda, el despacho continuará aplicando la tesis de la Subsección “B” del Consejo de Estado que indica: “*...la Ley 1437 de 2011 no impone la condena de manera automática frente a aquél que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el Juez pondera tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada*”²⁸.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Juez Noveno Administrativo del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. DECLARAR probadas las excepciones formuladas por la parte la demandada denominadas “Falta de legitimación de la causa por pasiva”, “Inexistencia de la relación laboral”, “Cobro de lo no debido”, “Inexistencia de causal de nulidad que invalide la decisión emitida por empresa Social del Estado Santiago de Tunja a través del oficio GER 1000-392 del 3 de octubre 2012” por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO. NIÉGUENSE las súplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO. Sin condena en costas para la parte vencida.

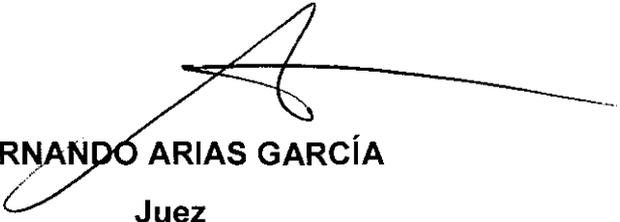
CUARTO. Notifíquese la presente providencia de conformidad con el artículo 203 del C.P.A.C.A. dentro de los 3 días siguientes mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de estado en la forma prevista en el artículo 295 del Código General del Proceso.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A” Consejero Ponente: William Hernández Gómez. Bogotá D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 13001-23- 33-000- 2013-00022- 01. Número Interno: 1291-2014.

²⁸ Consejo de Estado. Expediente 47001233300020120001301 (1755-2013) C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Una vez ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor en el sistema de información judicial SIGLO XXI.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



FERNANDO ARIAS GARCÍA

Juez

Sentencia Proceso 2013-094