

REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ D.C. SECCIÓN SEGUNDA

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón¹

Demandado: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.²

Tema: Contrato Realidad

Bogotá D.C., 21 de abril de 2021

Sentencia No. 12

Procede el Despacho, agotadas las etapas previstas dentro de la presente actuación y no evidenciando alguna causal de nulidad, a dictar de forma escrita SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA en el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral de la referencia, con base en las siguientes:

CONSIDERACIONES

Pretensiones:

1. Que se declare la nulidad del Oficio No. 20192100136061 del 15 de agosto de 2019, notificado el 20 de agosto de 2019, suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., por medio de la cual negó el pago de las acreencias laborales derivadas de la existencia de un contrato de trabajo realidad que existió entre el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E HOY SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS SUROCCIDENTE E.S.E Y LA SEÑORA MARIBEL CRISTANCHO GARZON , por el periodo comprendido del día 15 de marzo de 2011 hasta el 31 de julio de 2016, y que mutó en una relación.
2. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad precedente singularizada y previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo se CONDENE A LA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE, a pagarle a MARIBEL CRISTANCHO GARZON a título de restablecimiento del derecho los siguientes conceptos:
 - Diferencias salariales existentes entre los servicios remunerados por prestación de servicios y los salarios legales y convencionales pagados a en el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E a los profesionales de apoyo a la gestión desde el día 15 de marzo de 2011 hasta el 31 de julio de 2016, sumas que deben ser ajustadas en los términos del inciso 4 art 187 del CPACA.
 - Cesantías e intereses sobre las cesantías con la asignación legal al cargo de PROFESIONAL DE APOYO A LA GESTION DEL HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E desde el 15 de marzo de 2011 hasta el 31 de julio de 2016.
 - Prima de carácter legal de servicios de junio y diciembre de cada año, prima de navidad, prima de vacaciones, compensación en dinero de vacaciones.

¹ recepciongarzonbautista@gmail.com angie_lara_plata@hotmail.es

² defensajudicial@subredsuoccidente.gov.co nicolasvargas.arguello@gmail.com

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Crisnacho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

- A título de reparación de daño los porcentajes de cotización correspondientes a los aportes en SALUD Y PENSION.
 - Devolución del importe de la totalidad de los descuentos realizados por el HOSPITAL PABLO VI BOSA I NIVEL E.S.E, hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E, por concepto de retención en la fuente.
 - Devolución del importe pagado por salud, pensiones y riesgos profesionales y caja de compensación familiar que debieron ser cancelados por la demandada, en la proporción correspondiente al salario que devenga los profesionales de apoyo de gestión de planta sumas que deben ser indexadas.
 - Indemnización extralegal por despido injusto.
 - Indemnización prevista en el párrafo 1 del artículo 29 de la ley 789 de 2002, denominada salarios moratorios por falta de pago oportuno de los aportes a la seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses, en razón de un día de salario por cada día de retardo en sufragar los aportes parafiscales de los tres últimos meses anteriores a la terminación del contrato hasta cuando se acredite el pago de los aportes.
 - Cotización de forma retroactiva a la Caja de Compensación Familiar.
 - Indemnización del art. 99 ley 50 de 1990, por no haber afiliado a la demandante al Fondo Nacional del Ahorro, ni haber efectuado cotizaciones de las cesantías a este.
 - Sanción moratoria, por la falta de pago oportuno de los intereses de las cesantías.
 - Indemnización de perjuicios por el incumplimiento en el suministro de calzado y vestido de labor.
 - 100 salarios mínimos por daños morales.
 - El valor correspondiente a intereses moratorios si el pago no se hace oportuno conforme lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 192 del CPACA.
 - Se dé cumplimiento al fallo de acuerdo al Artículo 192 del CPACA.
3. Se declare que el tiempo laborado por la demandante, bajo la modalidad de prestación de servicios, se deben computar para efectos pensionales, ordenando emitir la certificación laboral para el efecto.
 4. Se compulsen copias de la sentencia la Ministerio de Trabajo para que imponga multa la Hospital.
 5. Al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Tesis de la demandante (fls. 2-35 del Archivo PDF 01 proceso 1). Arguye que la demandada pretendió esconder una relación laboral durante todo el tiempo que trabajó el demandante como PROFESIONAL DE APOYO A LA GESTION, dentro de las instalaciones de entidad demandada sin ninguna justificación; que la demandada para no contratar directamente al trabajador, utilizó la fachada de contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado y de prestación de servicios para no vincularlo pero en realidad, se probó que la trabajadora todo el tiempo estuvo recibiendo órdenes del hospital.

Señala que cuando en una relación empleado-empleador se da una relación de subordinación, existe una prestación personal del servicio, y una remuneración, estamos frente a un contrato de trabajo, sin importar el nombre que se le haya dado al contrato.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Tesis de la demandada (fls. 1-29 del Archivo PDF 02 contestación demanda). La demandada señala que en el caso en concreto, en razón de que el Contrato de Prestación de Servicios suscrito con el demandante contemplaba actividades que se realizaban por otros profesionales, lo cual según la jurisprudencia de ninguna manera podría ser una situación para equiparar el contrato de prestación de servicios a un contrato de naturaleza laboral, razón por la cual se cae de su peso el hecho alegado por el demandante relacionado con que cumplía las mismas actividades de un profesional vinculado a la Entidad, más aún cuando las actividades no son exactas y no eran cumplidas en iguales condiciones pues la contratista contaba con independencia y autonomía en el desarrollo de sus actividades. Agrega que no se cumplieron los presupuestos que configuran un verdadero contrato de trabajo más aún cuando los contratos no fueron continuos.

Indica que se debe analizar el tipo de trabajo encomendado, pues en ocasiones la fijación de un horario o turno es producto de la concertación entre los intervinientes en pro de lograr el desarrollo del objeto del contrato; como sucede en el caso que nos ocupa donde la prestación del servicio por parte del Contratista es ante una entidad prestadora de servicios de salud, donde prevalecen los derechos de los pacientes y/o usuarios.

Concluye que, aunque en ocasiones es necesario el pactar un horario en el cual cumplen sus actividades, este acuerdo no se puede tomar como un elemento esencial del contrato individual de trabajo (subordinación), dado que: primero, se trata de un acuerdo entre los intervinientes; y segundo, esto nace producto de la necesidad de dar cumplimiento a la tarea.

Problema jurídico: El litigio se contrae en establecer si es procedente declarar la nulidad de los actos demandados y con ocasión a ello si es procedente acceder al restablecimiento solicitado luego de confirmar si la señora Maribel Cristancho Garzón demostró que, en la vinculación que tuvo con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. desde el 15 de marzo de 2011 al 31 de julio de 2016, a través de contratos de arrendamiento y prestación de servicios, se acreditaron los elementos configurativos de una verdadera relación laboral. **2.-** Si en el caso concreto operó la prescripción.

Solución al problema jurídico. Una vez estudiados los cargos, observamos que el Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. contrató a la demandante Maribel Cristancho Garzón bajo la modalidad de contrato de prestación del servicio, encubriendo una relación laboral, lo que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades conforme con el artículo 53 de la Constitución Política, al desarrollar la labor en condiciones equivalentes al personal de planta, al acreditarse los elementos constitutivos del vínculo laboral, esto es: (i) la prestación personal del servicio; (ii) la subordinación o dependencia; (iii) el pago de una remuneración por la labor prestada y, (iv) la vocación de permanencia en el ejercicio de la función desempeñada por aproximadamente 4 años y medio.

En consecuencia, al estar acreditada la existencia de la relación de carácter laboral y por ende desvirtuado el vínculo contractual (Ley 80 de 1993, artículo 32.3), le asiste el derecho a la señora Maribel Cristancho Garzón, al reconocimiento y pago de las prestaciones no devengadas durante la vigencia de los contratos celebrados entre el 16 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2016 con base en lo pactado como honorarios en sus contratos de prestación de servicios, como se explicará más adelante, a título de indemnización.

Contrato de arrendamiento de servicios y contrato de prestación de servicios.

El contrato de arrendamiento de servicios es una figura consignada en el Código Civil en los artículos 2063 a 2069, en la cual, en palabras del Consejo de Estado se encuentran los antecedentes históricos. Dicho contrato admitía la prestación del servicio, o bien bajo dependencia o subordinación, mediante un salario, o bien en forma independiente y autónoma, retribuido mediante el pago de honorarios y sin que genere una relación laboral; en el primer caso condujo al contrato de trabajo y en el segundo al contrato de prestación de servicios propiamente dicho³.

³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Sentencia del veinte de agosto de mil novecientos noventa y ocho, Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRÓN, Radicación número: 1127, Actor: Ministro De Salud, Referencia: Empresas Sociales del Estado. Régimen de contratación. El cargo de Gerente.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Por su parte, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3 definió el contrato de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3º. Contrato de Prestación de Servicios.

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”⁴.

Como lo ha dicho el Consejo de Estado, dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales; considerando el alto Tribunal con ponencia de la Dra. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, tanto en ese como en otros pronunciamientos que:

““Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo”⁵.

El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales⁶.

La realidad sobre las formalidades en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53⁷ de la Carta

⁴ Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

⁵ Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15), Actor: Janeth Smith Fernández Caballero Demandado: E.S.E. Hospital San Juan De Dios De Girón.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, sentencia de febrero cuatro (04) de dos mil dieciséis (2016), Radicado No.050012331000201002195-01, No. Interno: 1149-2015, Actores: Hernán de Jesús Gutiérrez Uribe, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional.

⁷ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquel que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. 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.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

La sentencia C-154 de 1997. Definición de los principales elementos del contrato realidad.

Sea lo primero recordar que la Corte Constitucional en la Sentencia C- 154 de 1997, declaró la exequibilidad de la definición del contrato de prestación de servicios contenida en el numeral 3º. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993⁸, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

En la parte considerativa de la sentencia se establecieron las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el vínculo laboral, señalando que los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo son: la prestación personal de los servicios, la remuneración como contraprestación del mismo y la subordinación del trabajador al empleador⁹.

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

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997. La Corte declaró EXEQUIBLES las expresiones "no puedan realizarse con personal de planta o" y "en ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales".

⁹ El Consejo de Estado, en sentencia del 6 de octubre de 2016, citó la interpretación de la Corte Constitucional sobre este postulado en el cual se afirmó que "no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad [9]. De ello se deriva la existencia de lo que ha sido denominado como contrato realidad, "entendido por la Corte como aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma [9]. Asimismo, concluyó en esta oportunidad el Consejo de Estado que, con base en la postura de la Corte Constitucional sobre la materia, "independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 6 de octubre de 2016, radicado: 76001-23-31-000-2012-00338-01(2685-15).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Crisncho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Enfatizó la sentencia de la Corte que es el elemento de la subordinación el que constituye la diferencia esencial entre los dos tipos de relación, en contraposición con los altos grados de autonomía e independencia con que cuenta el contratista en el contrato de prestación de servicios¹⁰, posición jurisprudencial que fue secundada por varios pronunciamientos del Consejo de Estado¹¹.

Al carácter distintivo de la subordinación en los contratos de trabajo, la jurisprudencia sumó de manera reiterada el elemento de la temporalidad, pues los contratos de prestación de servicios se celebran únicamente conforme al artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993: “por el tiempo estrictamente necesario”, partiendo de la regla general según la cual la función pública se presta por el personal de planta perteneciente a una entidad estatal y solo de forma excepcional por personal vinculado por contrato de prestación de servicios^{12/13}.

Postura jurisprudencial actual del Consejo de Estado.

La posición actual del Consejo de Estado, partiendo de la diferenciación hecha por la Corte Constitucional en la Sentencia de Constitucionalidad 154 de 1997, sobre el contrato de prestación de servicios frente al contrato realidad sostiene lo siguiente¹⁴:

i. En primer lugar, se superó la tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados, y en su lugar se señaló que cuando se desvirtúa el contrato de prestación de servicios, se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta el restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral¹⁵.

ii. De igual forma se superó la tesis sobre la no prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, pues antes se consideraba que como su exigibilidad era imposible antes de que se produjera la sentencia que declaraba la existencia de la relación laboral (carácter constitutivo)¹⁶. Se considera ahora, que si bien es cierto, es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años¹⁷.

iii. En cuanto a la configuración de los contratos realidad, se concluyó que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia continuada en

¹⁰ *Ibidem.* b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.// Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios”. (Resalta el Despacho).

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de 3 de diciembre de 2007. Radicados.24.715, 25.206, 25.409, 24.524, 27.834, 25.410, 26.105, 28.244, 31.447. v.et. Sección Segunda, sentencia del 19 de enero de 2006, radicado: 2.579-05 y sentencia del 7 de septiembre de 2006, radicado: 1.420-01, sentencia del 30 de marzo de 2006, radicado: 4.669-04, y 23 de febrero de 2006, radicado: 3.648-05.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-154 de 1997 “c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente” (Resalta el Despacho).

¹³ Corte Constitucional, sentencia C-739 de 2002.

¹⁴ Síntesis lograda de las consideraciones de la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado del 27 de abril de 2016, radicado: 66001-23-31-000-2012-00241-01(2525-14).

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07; Sentencias de 31 de Julio de 2008; Sentencia de 14 de agosto de 2008.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente No. 2152-06.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público¹⁸.

iv. Así mismo, se ha resaltado que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo “onus probandi incumbit actori”, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada¹⁹.

Ahora bien, el Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) dentro del proceso 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), sentó jurisprudencia sobre la temporalidad, el término de solución de continuidad entre contratos y la posibilidad de devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes para este tipo de procesos.

“La primera regla define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

La segunda regla establece un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del plenario.

La tercera regla determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.”

El caso de la prestación de servicios en las empresas prestadoras de salud.

Respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades²⁰.

En la jurisprudencia citada, se precisó que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo en los siguientes eventos:

- (i) Que no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad
- (ii) Se contratan cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o,
- (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones^{21/22}.

¹⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 17 de agosto de 2011. Expediente No. 1079-09.

²⁰ . Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-171 de 2012.

²¹ *Ibidem*.

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 2 de junio de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00043-01(2496-14).

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Ahora bien, para estos asuntos el Consejo de Estado ha reiterado también en relación con el elemento de la subordinación, que pese a la autonomía e independencia que conlleva la aplicación de sus conocimientos científicos, no se puede descartar de plano la existencia de una relación de subordinación y dependencia, “en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos”²³.

Estado de la cuestión.

Del desarrollo jurisprudencial citado, se entiende que, para comprobar la existencia de una relación laboral, se requiere que el demandante pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es:

(i) Que su actividad en la entidad haya sido personal y que por esta recibió una remuneración o pago. Acreditar que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo u la imposición de reglamentos, subordinación que debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

(ii) La parte actora debe demostrar su permanencia en labores inherentes a la entidad.

(iii) Sin perjuicio de que pueda declararse la existencia de la relación laboral con todas sus implicaciones económicas, esa declaración no otorga la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección en la planta de cargos de la entidad y su correspondiente posesión.

Caso concreto.

Se procede a verificar si se encuentran configurados los tres elementos de la relación laboral, y si hay lugar al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a favor de la demandante causadas durante el periodo comprendido entre el 15 de marzo de 2011 y el 31 de julio de 2016 cuando terminó su último contrato de prestación de servicios.

a.- Respecto a la actividad personal que prestó la señora MARIBEL CRISTANCHO GARZÓN:

Según certificación de actividades expedida por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. de fecha 02 de agosto de 2019²⁴, se tiene que la demandante suscribió varios contratos de prestación de servicios con el Hospital Pablo VI hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. y prestó sus servicios en esta entidad de manera continua e ininterrumpida desde el 16 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2016, así:

NUMERO DE CONTRATO	FECHA DE INICIO	FECHA DE TERMINACION	OBJETO	VALOR CONTRATO
683 de 2012	16 de enero de 2012	31 de diciembre de 2012	Profesional en enfermería	\$2.830.000
1148 de 2013	2 de enero de 2013	30 de septiembre de 2013	Profesional de apoyo	\$20.286.667
2597 de 2013	9 de octubre de 2013	31 de diciembre de 2013	Profesional de apoyo	\$12.600.000
1519 de 2014	2 de enero de 2014	31 de agosto de 2014	Profesional de apoyo	\$33.600.000
3202 de 2014	6 de septiembre de 2014	30 de septiembre de 2014	Profesional de apoyo	\$4.200.000
3828 de 2014	6 de octubre de 2014	31 de diciembre de 2014	Profesional de apoyo	\$12.600.000
1490 de 2015	2 de enero de 2015	31 de diciembre de 2015	Profesional de apoyo	\$51.786.000
1659 de 2016	7 de enero de 2016	31 de julio de 2016	Profesional de apoyo	\$26.636.700
3-4601 de 2017		30 de junio de 2017	Profesional de apoyo	\$6.480.000

La anterior certificación contiene las siguientes obligaciones contractuales:

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 28 de enero de 2010, Radicación número: 25000-23-25-000-2001-03195-01(0782-08). En igual sentido sentencia del 11 de junio de 2009, radicación No. 0081-08.

²⁴ Archivo digital PDF 11Certificado Contratos - Demandante Maribel Cristancho Garzon. fls. 1-2.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

OBLIGACIONES CONTRACTUALES

1. Semanalmente entregar al referente los productos correspondientes al subsistema asignado frente a cumplimiento de metas y criterios de calidad
2. Realizar investigaciones epidemiológicas de Campo (IEC) y/o caracterizaciones Individuales de riesgo (CIR) de acuerdo a la meta asignada y/o según necesidad
3. Realizar activación de ruta (Canalizaciones) para dar respuesta oportuna a los casos identificados
4. Participar en el seguimiento mensual del plan de acción del Subsistema asignado
5. Apoyar en las asesorías y asistencias técnicas a las UPGD y UI del subsistema asignado según programación y necesidad.
6. Verificar concordancia físico/magnético de la base de datos del subsistema asignado cumpliendo con criterios de calidad (oportunidad, veracidad, completitud).
7. Apoyar en las convocatorias de unidades análisis de los casos que ameriten en el marco de la vigilancia del subsistema asignado
8. Participar en la elaboración de informes e indicadores de los temas de su competencia conforme a criterios de calidad de acuerdo a requerimientos establecidos aportando al análisis de condiciones de calidad de vida salud y enfermedad
9. Asistir y participar en las reuniones programadas al interior del hospital (comités, COVES, COVECOM, consejos) y en espacios extra institucionales locales y distritales sobre el área de interés y que generen construcción del conocimiento, socializando posteriormente la información obtenida.
10. Participar en pre auditoría de soportes físicos, seguimiento telefónico y concurrente al igual que la generación de planes de mejoramiento según corresponda.
11. El profesional de la ESE debe dar respuesta oportuna a los requerimientos solicitados por nivel central, otras instituciones o la comunidad.
12. Realizar la Búsqueda Activa institucional de manera mensual y garantizar las entregas oportunas y con calidad según lineamiento de SDS.

Cabe anotar que, si bien la demandante sostiene que su vinculación con la entidad fue desde el 15 de marzo de 2011 hasta el 31 de julio de 2016, una vez revisado a detalle su expediente administrativo y las certificaciones obrantes, este Despacho tiene como periodo probado de la prestación de sus servicios desde el 16 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2016.

Por otra parte, el contrato No. 1659 de 2016²⁵ indica como objeto contractual, la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión como PROFESIONAL DE APOYO dentro de los diferentes procesos y procedimientos en el Hospital Pablo VI Bosa ESE I Nivel, y en su cláusula segunda OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA contiene las siguientes actividades específicas:

SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA. El CONTRATISTA se obliga para con el HOSPITAL a realizar las siguientes actividades Específicas: 1. Desarrollar actividades tendientes al cumplimiento del plan de acción formulado de acuerdo los procesos que intervienen la unidad o de las áreas bajo su responsabilidad para alcanzar las metas propuestas. 2. Participar activamente en los procesos de planeación del hospital, ejecución, aplicación de indicadores y envío oportuno de la información requerida sobre las actividades realizadas por el equipo del territorio. 3. Realizar las acciones afines a la supervisión de las actividades a realizar por los colaboradores de la unidad o de las áreas de bajo su responsabilidad facilitando que se presten los servicios de manera integral en el marco del plan de desarrollo, el plan de salud y metas establecidas. 4. Propender por el cumplimiento de las metas propuestas del componente y ámbito bajo su responsabilidad para garantizar la sostenibilidad financiera del hospital. 5. Velar por la actualización, formulación y aplicación de las guías de atención, protocolos, procesos y procedimientos. 6. Realizar la gestión pertinente en cada componente o ámbito de su responsabilidad para operativizar las estrategias definidas para el cumplimiento de las metas contractuales. 7. Formular y aplicar las acciones preventivas y/o correctivas, y/o plan de mejoramiento a que haya lugar. 8. Participar y apoyar elemento para respaldar de forma oportuna tutelas, acciones de cumplimiento, derechos de petición, y demás solicitudes que sean formuladas al hospital en el área de su competencia. 9. Promover el proceso de registro y captura adecuada de información para gestionar un adecuado registro y cobro de las actividades y servicios prestados. 10. Divulgar y fomentar la aplicación de las decisiones de tipo gerencial y estrategias. 11. Auditar la aplicación de proceso, subproceso y procedimiento realizados por los colaboradores del componente o ámbito bajo su responsabilidad. 12. Operativizar las acciones para el fomento de actividades interdisciplinarias y la coordinación intra y Extra sectorial para optimizar la prestación de servicios. 13. Aplicar las normas técnico-científicas y modelos orientados a mejorar la prestación de los servicios de salud y velar por la validez científica de las técnicas y procedimientos utilizados en la prestación de los servicios del ámbito o componente. 14. Proponer estrategias pertinentes para alcanzar el cumplimiento de las metas contractuales y/o de planes y/o proyectos formulados. 15. Promover el ejercicio de autocontrol, autorregulación y autogestión de la operativización y ejecución de los procesos de cada unidad o de las áreas a su responsabilidad. 16. Participar en el sistema de vigilancia Epidemiológica en la institución para la oportuna notificación o intervención. 17. Promover la efectividad participación del individuo, la familia y la comunidad en los procesos de autogestión, autoatención, detección temprana y protección específica y concepto positivo de la salud a través de las acciones que adelanta la unidad o de las áreas a su responsabilidad. 18. Velar por el uso eficiente de los canales de comunicación y oportuno conocimiento de la información en cuanto a novedades que impacten la prestación de servicio al usuario. 19. Mantener informado la coordinación de la gestión de los procesos adelantados en el componente o ámbito. 20. Participar y desarrollar los contenidos de las unidades locales de gestión y los canales de comunicación en pro del mejoramiento de la gestión. 21. Facilitar la participación ciudadana a partir de mecanismos creados por el sistema general de seguridad social en salud, a través de las acciones que adelanta la unidad o las áreas a su responsabilidad. 22. Articular los procedimientos de la unidad o de las áreas de su responsabilidad en pro de la gestión de los procesos que adelanta. 23. Continuar la planeación de los recursos necesarios para la prestación de los servicios y promover la utilización racional de los mismos. 24. Verificar y programar la obtención de las necesidades de recursos para la prestación de servicios de la unidad o de las áreas a su responsabilidad en la institución. 25. Las demás actividades solicitadas afines con la naturaleza del objeto contractual. 26. Formular

²⁵ Archivo digital PDF 07 HV MARIBEL CRISTANCHO GARZON 63. fls. 22-24.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

En consecuencia, para cumplir el objeto contractual la señora MARIBEL CRISTANCHO GARZÓN debía prestar un servicio personal de PROFESIONAL DE APOYO en las instalaciones del Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., como era entregar semanalmente al referente los productos correspondientes al subsistema asignado frente a cumplimiento de metas y criterios de calidad, realizar investigaciones epidemiológicas de Campo (IEC) y/o caracterizaciones Individuales de riesgo (CIR) de acuerdo a la meta asignada y/o según necesidad, realizar activación de ruta (Canalizaciones) para dar respuesta oportuna a los casos identificados, participar en el seguimiento mensual del plan de acción del Subsistema asignado, apoyar en las asesorías y asistencias técnicas a las UPGD y UI del subsistema asignado según programación y necesidad, verificar concordancia físico/magnético de la base de datos del subsistema asignado cumpliendo con criterios de calidad (oportunidad, veracidad, completitud), apoyar en las convocatorias de unidades análisis de los casos que ameriten en el marco de la vigilancia del subsistema asignado, participar en la elaboración de informes e indicadores de los temas de su competencia conforme a criterios de calidad de acuerdo a requerimientos establecidos aportando al análisis de condiciones de calidad de vida salud y enfermedad, asistir y participar en las reuniones programadas al interior del hospital (comités, COVES, COVECOM, consejos) y en espacios extra institucionales locales y distritales sobre el área de interés y que generen construcción del conocimiento, socializando posteriormente la información obtenida, participar en pre auditoría de soportes físicos, seguimiento telefónico y concurrente al igual que la generación de planes de mejoramiento según corresponda, dar respuesta oportuna a los requerimientos solicitados por nivel central, otras instituciones o la comunidad, realizar la Búsqueda Activa institucional de manera mensual y garantizar las entregas oportunas y con calidad según lineamiento de SDS, entre otras funciones.

La prestación personal del servicio se encuentra corroborada, además, por los testimonios recibidos por los señores GINA PAOLA SAAVEDRA SERRANO, JUAN FERNANDO ALVIAR RAMIREZ, NICOLAS ELIECER DE LA VALLE TORRES y CRISTIAN MAURICIO SAADE HERNANDEZ, de los que se infiere que el servicio de la demandante debía prestarse personalmente dentro de las instalaciones del ente hospitalario y los centros de salud. Lo anterior se corrobora también con el objeto y las actividades específicas de los contratos de prestación de servicios y certificación de fecha 02 de agosto de 2019, las cuales fueron señaladas anteriormente.

b.- Remuneración del servicio prestado:

Frente al requisito de la remuneración no hay discusión, toda vez que la demandante recibió como contraprestación por el servicio prestado los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios.

Lo anterior, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios del periodo 2012 al 2016 y la certificación expedida por la Directora de Contratación de la entidad de fecha 02 de agosto de 2019²⁶, que da cuenta del valor total por concepto de honorarios de cada contrato.

c.- Frente a la subordinación y dependencia:

Obran los siguientes testimonios rendidos el día 05 de octubre de 2021:

GINA PAOLA SAAVEDRA SERRANO, quien es médico general y conoció a la demandante cuando estaba trabajando en el Hospital Pablo Sexto. La testigo ingresó a trabajar en el Hospital Pablo Sexto en el 2013 y ahí conoció a la demandante como profesional de apoyo hasta la fecha que se retiró la testigo en el 2016, la demandante estaba por prestación de servicios. Informó que tiene demandado al Hospital y la demandante no es testigo dentro de su proceso.

Frente a la prestación personal del servicio, indicó que trabajaban en el centro de salud en el barrio Santa Fe de la localidad de Bosa, la demandante era la persona encargada de recibirles a los que salían a hacer las visitas, de recibirles las fichas de los documentos por los que les encargaban hacer las visitas

²⁶ Archivo digital PDF 11Certificado Contratos - Demandante Maribel Cristancho Garzon. fls. 1-2.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Crislancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

que eran más o menos seis visitas diarias, ella revisaba que estuviera todo al día, que sí estuviera completamente diligenciado y que se entregara completamente el material.

Que salud pública era la parte encargada de hacer visitas principalmente en los domicilios, también se hacía visitas en los colegios y jardines, la idea era poder llegar a la casa o lugar de los pacientes y era más una labor de promoción y prevención.

Frente a la remuneración, añadió que los pagos de la demandante eran mensualmente, si no se entregaban los informes completos hacían retención del sueldo y para los pagos se tenía que llenar unos formularios donde se estipulaba las actividades que tenían que realizar y si se realizaron completamente o no, mensualmente tenían que hacer entrega de eso junto con el pago de salud.

Frente a la subordinación, precisó que tenían horario de ingreso que era a las 7 y tenían horario de salida, la demandante salía una hora más tarde que ellos hacia las 5 de la tarde. Alcanzaron a estar tres jefes, la doctora BETSY SANCHEZ, la doctora MARTHA ORDOÑEZ y la última fue la doctora LILIANA TUNJO. Todo se basaba con entregar documentación requerida de acuerdo a las visitas que ellos requerían según las prioridades, entonces le entregaban a la jefa MARIBEL quien tenía que hacer unos cuadros donde especificaba lo que ellos le entregaban y así ella también justificaba que estaba recibiendo las cosas completas. Las jefes supervisaban el trabajo desempeñado por la demandante, ya fuera la doctora MARTHA, la doctora BETSY o la doctora LILIANA.

Mencionó que los obligaban a cumplir con horarios y los obligaban a asistir a las reuniones que ellos tenían en los horarios que ellos establecían. La demandante no se podía ausentar sin permiso, siempre tocaba tener permiso ya sea médico, el permiso que fuera necesario, pero ausentarse sin ninguna justificación no se podía. La autorización se solicitaba ya fuera a la doctora MARTHA, la doctora BETSY o la doctora LILIANA. El horario de la demandante estaba establecido en los programas que manejaban, todos entraban a la misma hora, pero las profesionales de apoyo salían una hora más tarde.

Señaló que había una cláusula que decía que no podían contratar a otros por lo que los estaban contratando a ellos. La demandante cumplía órdenes, el Hospital Pablo Sexto le suministraba los elementos o utensilios a la demandante para que cumpliera con sus funciones. La demandante debía asistir a reuniones o capacitaciones de carácter obligatorio ya que tenía que estar actualizándose sobre los lineamientos que podían cambiar cada tres o cuatro meses. La demandante utilizaba chaqueta y el carnet suministrados por el Hospital Pablo Sexto.

JUAN FERNANDO ALVIAR RAMIREZ, quien es médico y tuvo durante un periodo de tiempo en el Hospital Pablo Sexto de Bosa una relación de tipo laboral con la demandante. Conoció a la demandante entre el año 2012 y tal vez finales del 2014, el testigo ingresó a laborar al Hospital Pablo Sexto y tuvo dos momentos de la labor, una fue como médico haciendo atención primaria en salud donde le correspondía ir a los territorios a hacer visitas domiciliarias, eso duró tal vez dos meses, y luego pasó a ser coordinador de equipos comunitarios, cuando pasó a ser coordinador de equipos comunitarios en alguno de los territorios probablemente en el territorio de Santa Fe y Porvenir, coincidió con la demandante que era una de las profesionales de territorio. Tanto el testigo como la demandante estaban vinculados por contrato de prestación de servicios.

Frente a la prestación personal del servicio, sostuvo que la demandante era enfermera de territorio y tenía a su cargo varios grupos o varias zonas dentro del territorio, esto era dentro del programa territorios saludables. La localidad estaba dividida y la demandante era la enfermera que coordinaba varios de los grupos.

Frente a la subordinación, manifestó que en el área de salud pública había una persona coordinadora general del programa de territorios saludables y había unos líderes de los territorios, donde estaba el testigo como líder y entre los coordinadores de equipos comunitarios estaba la demandante. El testigo hacía una vigilancia y el área de salud pública hacía otra vigilancia, el testigo controlaba en algunos momentos las funciones de la demandante porque como líder del territorio tenía unas actividades que cumplir dentro del programa y la demandante le rendía informes, vigilaba las actividades de la demandante.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Afirmó que de acuerdo a la programación que tenían y el cumplimiento de unas actividades que había que hacer para la Secretaría de Salud, tenían unos planes de trabajo que se desarrollaban en unos horarios que eran de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes y un sábado cada quince días. La programación la establecía el área de salud pública y en el Hospital se definía el tiempo de las actividades porque había que estar atentos a las auditorías de la Secretaría de Salud y tenían unos productos que entregar como visitas realizadas, familias atendidas y unas fichas comunitarias.

Precisó que la demandante hacía el seguimiento de las actividades ya concretadas en una ficha comunitaria y los líderes y los coordinadores de los equipos tenían permanentemente supervisión de que todo el producto se estuviera cumpliendo. El equipo tenía que estar a las 7 de la mañana para hacer el briefing y a las 5 de la tarde hacer el debriefing para dejar constancia de que se había hecho la reunión.

NICOLAS ELIECER DE LA VALLE TORRES, quien es médico general y fue compañero de trabajo de la demandante. Conoció a la demandante en el 2011 en el Hospital Pablo VI que fue cuando el testigo entró a trabajar, fueron compañeros de trabajo y después ella fue jefe del testigo, luego volvieron a hacer visitas en las casas en Bosa. Cuando conoció a la demandante ella era enfermera jefe de terreno entonces salían a hacer visitas a las casas, ya después fue profesional de apoyo. La demandante estaba vinculada por prestación de servicios como profesional de apoyo. El testigo tiene demanda contra la Subred Sur Occidente y la demandante no es testigo dentro de su proceso.

Frente a la prestación personal del servicio, manifestó que al principio cuando la conoció la demandante tenía que hacer visitas a las casas de menores de un año, mujeres embarazadas, crónicos, ya después pasó a profesional de apoyo y tenía que revisar las actividades que ellos hacían, estar pendiente de que cumplieran las actividades y un horario.

Frente a la subordinación, afirmó que la demandante tenía su jefe y tenía que entrar a las 7 de la mañana hasta las 4 de la tarde. A las 7 se hacía un briefing que era una reunión de todos donde tenían que firmar la asistencia y a las 4 se hacía una reunión 3:45 o 3:30 más o menos donde tenían que firmar los asistentes para irse a la casa que era la terminación laboral. Había que cumplir un horario de 7 a 4 de la tarde de lunes a viernes y un sábado cada quince días de 7 a 4 de la tarde, a veces los sábados no hacían terreno sino que los ponían a hacer consulta externa.

Indicó que si no asistía uno o dos días le realizaban un descuento y un llamado de atención. Si no llegaba el empleado a las 7 de la mañana en punto y llegaba a las 8, no se iba a las 4 sino a las 5 porque tenía que reponer esa hora. La coordinadora del centro de salud era la que estaba pendiente de la hora de entrada porque se hacía el debriefing que era como un llamado de lista, la coordinadora que estaba a lo último que era LILIANA TUNJO no era de planta pero sí había coordinadores que eran de planta, los coordinadores del centro de salud estaban encargados de todos los funcionarios que estaban en ese centro de salud o en ese territorio que era el 9 de Bosa y Santa Fe.

Señaló que había una obligación de tener un control de que llegaran temprano, iniciaran las actividades temprano y que no se fueran antes sino a la hora de la salida que era a las 4 de la tarde. El que llegaba tarde tenía que quedarse una hora dependiendo lo tarde que llegara, había que presentar un informe diario de cuántas visitas se hicieron y a final de mes había que presentar todo, la coordinadora con la profesional de apoyo se encargaban de contar, verificar y llamar a las casas de los pacientes a confirmar que eso no fuese falso.

CRISTIAN MAURICIO SAADE HERNANDEZ, quien es médico y fue compañero de trabajo de la demandante en el Hospital Pablo VI. Conoció a la demandante en el Hospital Pablo VI en el año 2014 cuando el testigo inició a trabajar con el Hospital, la demandante era profesional de apoyo de uno de los territorios donde laboraban. El testigo estaba vinculado por orden de prestación de servicios, tiene demandada a la entidad y la demandante no es testigo dentro de su proceso.

Frente a la prestación personal del servicio, manifestó que la demandante estaba encargada de revisar los productos que cada profesional realizaba, los productos eran las visitas que se realizaban en terreno

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

o en los otros diferentes ámbitos como el ámbito escolar que eran las visitas que se realizaban en los colegios.

Informó que la coordinadora era la jefe de la demandante. Los profesionales debían presentar un formato del contraste de que sí se hicieran las visitas, que todo concordara, que si se realizaban visitas a niños se estableciera talla y peso, hacían llamadas a verificar si se hicieron o no las visitas como todos los coordinadores y profesionales de apoyo de cada territorio lo hacían.

Sostuvo que había profesionales tanto de planta como de orden por prestación de servicios y cada quince días tenían que ir un sábado o un domingo también y hacían actividades de consulta externa que en el territorio 9 había un consultorio de consulta externa. Si se enfermaban tenían que mandar una incapacidad. Hacían actividades como si fueran personal de planta y les tenían un horario de entrada y de salida, y cumplir ciertas metas para poder obtener el pago del salario.

Añadió que la demandante se encargaba de revisar que se hicieran las visitas junto con la coordinadora que era la jefe de ella y también que se llegara a las horas correspondientes a las 7 de la mañana que se realizaba la llegada de todos los colaboradores, se hacía algo que se llamaba briefing y se llenaba un listado de asistencia junto con la coordinadora que estaba allí, se hacía la firma del listado y al salir como a las 4 de la tarde que se hacía la reunión de regreso al trabajo, la anotación de que sí cumplieran el horario asignado.

Interrogatorio de parte. La demandante dio respuesta a las preguntas formuladas en los siguientes términos:

Señaló que es enfermera profesional y especialista en epidemiología. Ingresó a la red Sur Occidente en marzo de 2011 y trabajó hasta el 31 de julio de 2016, estuvo en los centros médicos de Cabañas, Santa Fe y Porvenir. Ingresó como enfermera y posteriormente fue profesional de apoyo, salió de la institución como profesional de apoyo. Trabajó como enfermera desde marzo de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2012 y las actividades que desempeñaba eran brindar atención a la población priorizada por el Hospital, debía ir casa a casa haciendo tamizaje de población priorizada como niños menores de 1 año, menores de 5, gestantes y todas las intervenciones que les decía el Hospital que debían hacer.

Agregó que desde el 02 de enero de 2013 hasta el 31 de julio de 2016 laboró como profesional de apoyo y lo que debía hacer era seguimiento a las actividades de los equipos de salud, tenía a cargo el cumplimiento de todas las actividades que delegaban, hacerle seguimiento a los profesionales que estaban en este equipo, debía asistir a comités, debía cumplir con las actividades establecidas en el centro médico donde estuviera realizando su actividad como profesional de apoyo en ese momento, cumplimiento al número de canalizaciones, al número de pacientes, a vacunación.

Indicó que como profesional de apoyo trabajaba con otras personas, el equipo de trabajo para cada centro de salud estaba un territorio de salud, para ese territorio de salud debía haber un líder que era el jefe inmediato de ellos, estaba el profesional de apoyo que en este caso era ella y estaban los equipos de respuesta inicial médicos enfermeras auxiliares, equipo de respuesta complementaria de más profesionales como terapeutas físicos, odontólogos, los físicos, trabajadora social, ingenieros de ambiente. Lo que la demandante debía hacer en esa actividad era supervisar y facilitar el cumplimiento de todas las actividades de estos dos equipos.

Precisó que como profesional de apoyo estaba siempre desde uno de los centros de salud del Hospital. Como enfermera siempre debía llegar al Hospital, siempre tenían asignado un centro médico y los usuarios estaban asignados a estos centros médicos. Como enfermera debía llegar al centro médico porque ahí era donde se organizaba todo y de ahí salía a mirar los usuarios que ya le tenían priorizados desde el centro médico, era como una consulta médica domiciliaria.

Manifestó que las actividades que realizaba estaban descritas en el contrato de prestación de servicios. Su jefe que en este caso era quien estaba a cargo del centro médico era quien supervisaba sus actividades y su horario, debía cumplir horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes y un sábado cada quince días. Desde la gerencia y la subgerencia les hacían cumplir horario de 7 a 5,

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

los equipos debían llegar a los centros médicos a las 7 de la mañana y en la tarde antes de las 5 debían estar ahí para hacer este control. El horario que tenía la demandante de todo el día no permitía que laborara en otra parte, debía pedir el permiso con su jefe directa en caso de tener que ir a una cita médica y siempre intentaba dejar las cosas al día, iba a la cita pero debía dejar todo organizado antes de irse. Los permisos eran verbales y debía asistir a reuniones de equipo, de trabajo, las que les programaba la gerencia y subgerencia en salud de cumplimiento de actividades.

Afirmó que había dos profesionales de apoyo por territorio, se turnaban y por eso iban cada quince días pues así lo tenían establecido con el jefe directo, nunca podían dejar solo o no asistir. Los sábados debía llegar a revisar que todas las actividades que se tenían programadas como jornadas de vacunación, actividades con la población que los equipos salieran, elaborar informes, revisar actividades que los equipos hacían, mirar la productividad de cada uno.

Análisis de los testimonios.

Los testigos GINA PAOLA SAAVEDRA SERRANO, JUAN FERNANDO ALVIAR RAMIREZ, NICOLAS ELIECER DE LA VALLE TORRES y CRISTIAN MAURICIO SAADE HERNANDEZ contestaron directamente las preguntas relacionadas con los hechos de la demanda. De los testimonios recepcionados se infiere que el horario de trabajo de la demandante debía cumplirse, lo cual guarda relación con la naturaleza de las actividades realizadas, esto es, de PROFESIONAL DE APOYO.

Los testigos fueron consistentes en afirmar que la demandante tenía un horario de trabajo; al respecto GINA PAOLA SAAVEDRA SERRANO afirmó que tenían horario de ingreso que era a las 7, que tenían horario de salida, que la demandante al ser profesional de apoyo salía una hora más tarde que ellos hacia las 5 de la tarde y que el horario de la demandante estaba establecido en los programas que manejaban. JUAN FERNANDO ALVIAR RAMIREZ sostuvo que los horarios eran de 7 de la mañana a 5 de la tarde de lunes a viernes y un sábado cada quince días. NICOLAS ELIECER DE LA VALLE TORRES precisó que la demandante tenía que cumplir un horario de 7 de la mañana a 4 de la tarde de lunes a viernes y un sábado cada quince días de 7 a 4 de la tarde. CRISTIAN MAURICIO SAADE HERNANDEZ informó que se llegaba a las 7 de la mañana y se salía a las 4 de la tarde.

Coincidieron también en la asistencia a reuniones, lo cual se corrobora con la obligación contractual de la demandante contenida en el numeral 9 de la certificación expedida por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. de fecha 02 de agosto de 2019²⁷, así: *“9. Asistir y participar en las reuniones programadas al interior del hospital (comités, COVES, COVECOM, consejos) y en espacios extra institucionales locales y distritales sobre el área de interés y que generen construcción del conocimiento, socializando posteriormente la información obtenida.”*

Por su parte, algunos testigos coincidieron en que la demandante tenía jefes; GINA PAOLA SAAVEDRA SERRANO manifestó que la demandante tuvo como jefes a la doctora BETSY SANCHEZ, la doctora MARTHA ORDOÑEZ y la doctora LILIANA TUNJO, quienes supervisaban su trabajo desempeñado. Así mismo, NICOLAS ELIECER DE LA VALLE TORRES indicó que la demandante tenía su jefe y nombró a la coordinadora del centro de salud LILIANA TUNJO. Finalmente, CRISTIAN MAURICIO SAADE HERNANDEZ informó que la coordinadora era la jefe de la demandante.

El señor JUAN FERNANDO ALVIAR RAMIREZ señaló que vigilaba las actividades de la demandante y en algunos momentos controlaba sus funciones porque como líder del territorio tenía unas actividades que cumplir dentro del programa, además la demandante le rendía informes.

Así mismo, GINA PAOLA SAAVEDRA SERRANO precisó que la demandante cumplía órdenes y que no se podía ausentar del trabajo sin permiso y sin ninguna justificación. Agregó que la autorización para ausentarse se solicitaba ya fuera a la doctora MARTHA, la doctora BETSY o la doctora LILIANA.

Lo anterior acredita una verdadera subordinación en la prestación del servicio que por la naturaleza misma del cargo es de carácter permanente y, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los empleados de planta. El despacho le da credibilidad a los testimonios, conforme a la coherencia

²⁷ Archivo digital PDF 11Certificado Contratos - Demandante Maribel Cristancho Garzon. fls. 1-2.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

y claridad de sus dichos, además de los contratos de prestación de servicios en donde se registra el objeto del contrato y se evidencia el servicio personal sin posibilidad de poder ejecutar su trabajo en otro sitio que no fueran las instalaciones del ente hospitalario y los centros de salud, lo cual se logró evidenciar con los testimonios recepcionados.

Además, obran contratos de prestación de servicios ²⁸ Planillas seguridad social ²⁹ informe mensual de actividades ³⁰ informe de cumplimiento de actividades , ³¹ certificación de ICA retenido³² certificado de no existencia del cargo ³³ que acreditan lo anteriormente expuesto y hacen evidente la naturaleza de las actividades desarrolladas como profesional de apoyo.

d.- Permanencia en el servicio:

Se requiere acreditar: a.) Que la labor desarrollada es inherente a la entidad y b.) Que existe similitud o igualdad en las funciones desempeñadas con otros empleados de planta y que la prestación del servicio no fue transitoria.

Respecto a la labor desarrollada, tenemos que el objeto principal del ente hospitalario es la prestación de servicios de salud, que se encuentra directamente ligado a la labor desarrollada por la contratista, es decir, el servicio de PROFESIONAL DE APOYO, evidenciada en el contrato con actividades como entregar semanalmente al referente los productos correspondientes al subsistema asignado frente a cumplimiento de metas y criterios de calidad, realizar investigaciones epidemiológicas de Campo (IEC) y/o caracterizaciones Individuales de riesgo (CIR) de acuerdo a la meta asignada y/o según necesidad, realizar activación de ruta (Canalizaciones) para dar respuesta oportuna a los casos identificados, participar en el seguimiento mensual del plan de acción del Subsistema asignado, apoyar en las asesorías y asistencias técnicas a las UPGD y UI del subsistema asignado según programación y necesidad, verificar concordancia físico/magnético de la base de datos del subsistema asignado cumpliendo con criterios de calidad (oportunidad, veracidad, completitud), apoyar en las convocatorias de unidades análisis de los casos que ameriten en el marco de la vigilancia del subsistema asignado, participar en la elaboración de informes e indicadores de los temas de su competencia conforme a criterios de calidad de acuerdo a requerimientos establecidos aportando al análisis de condiciones de calidad de vida salud y enfermedad, asistir y participar en las reuniones programadas al interior del hospital (comités, COVES, COVECOM, consejos) y en espacios extra institucionales locales y distritales sobre el área de interés y que generen construcción del conocimiento, socializando posteriormente la información obtenida, participar en pre auditoría de soportes físicos, seguimiento telefónico y concurrente al igual que la generación de planes de mejoramiento según corresponda, dar respuesta oportuna a los requerimientos solicitados por nivel central, otras instituciones o la comunidad, realizar la Búsqueda Activa institucional de manera mensual y garantizar las entregas oportunas y con calidad según lineamiento de SDS, entre otras funciones.

Los contratos suscritos permiten evidenciar las funciones asignadas que acreditan que, la demandante ejecutaba labores propias del giro ordinario de la E.S.E. demandada, organizando las diferentes tareas encomendadas.

Respecto a la transitoriedad, se encuentra demostrado que la demandante prestó sus servicios a través de la suscripción de contratos de prestación de servicios desde el 16 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2016, esto es, aproximadamente 4 años y medio de servicios ininterrumpidos, con el ánimo de emplear de manera continua sus oficios, no equiparable con la temporalidad que caracteriza jurídicamente a los contratos de prestación de servicios.

El estudio en conjunto de las pruebas, permite concluir la falta de autonomía de la demandante para llevar a cabo sus funciones, pues tenía jefes y coordinadores que supervisaban su trabajo desempeñado,

²⁸ Pdf exp administrativo pdf 01 al 07

²⁹ Pdf exp administrativo pdf 01 fl 20, 54, 59 , 64 , 73, 80, 88, 93, 108, 112, 116

³⁰ Pdf exp administrativo pdf 01 fl 51, 56, 72 , 79, 85, 90, 92, 99 , 106, 110, 115

³¹ Pdf exp administrativo pdf 01 fl 55, 76, 84 , 98, 105 , 109, 113,

³² Pdf 27

³³ Pdf 29

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

a título de subordinación, al cumplimiento de horarios y funciones. Del material probatorio se infiere que, el cumplimiento de sus labores requería su permanencia en las instalaciones del ente hospitalario y en los centros de salud, aunado al hecho que la demandante ejerció sus funciones de forma permanente por aproximadamente 4 años y medio.

Es dable destacar que, dentro de las actividades específicas de cada uno de los contratos suscritos, se encontraban funciones que la demandante no tenía la posibilidad de desempeñar en un lugar diferente a las instalaciones de la entidad demandada. Así mismo, no podía desempeñar sus funciones cuando quisiera o, dicho de otra forma, darse su propio horario, toda vez que su actividad dependía del continuo servicio en horarios habilitados para la atención al público.

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que permite la celebración de contratos de prestación de servicios, no autoriza a las entidades del Estado para que, a través de esta modalidad de vinculación, desconozcan el pago de las prestaciones sociales y demás obligaciones de carácter laboral que la Constitución y la ley han consagrado a cargo de los empleadores.

Como lo ha reiterado la Corte Constitucional, acudir a esta práctica no sólo vulnera los derechos de los trabajadores, sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal, y como se ha sostenido, se acreditaron los requisitos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación y continuada dependencia al Hospital, encubriendo una verdadera relación laboral, máxime cuando el objeto contractual era inherente a la entidad.

En efecto, se acreditó que existió un contrato de trabajo y no una relación de carácter comercial o contractual, conclusión que resultó de las funciones, la jornada laboral, el cumplimiento de los requisitos de la relación laboral y la propiedad de los elementos de trabajo por parte de la entidad, así como el ejercicio de subordinación por parte de jefes y coordinadores de la demandante, situación que genera la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política.

Por consiguiente, habrá de declararse imprósperas las excepciones de: *falta de configuración de los elementos esenciales del contrato realidad, inexistencia de las obligaciones reclamadas - es inexistente, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, mala fe del demandante*, al ser evidente la legitimidad de las pretensiones de la actora.

Segundo problema jurídico: ¿opera el fenómeno jurídico de la prescripción?

Prescripción en materia de contrato realidad³⁴

La prescripción es la acción o efecto de «adquirir un derecho real o extinguirse un derecho o acción de cualquier clase por el transcurso del tiempo en las condiciones previstas por la ley "o en otra acepción" como concluir o extinguirse una carga, obligación o deuda por el transcurso del tiempo»³⁵.

En torno a este tema la Sección Segunda en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016³⁶, al estudiar este fenómeno jurídico en la órbita del contrato realidad, consideró que: «[...] la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendiente entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu, resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían

³⁴ Sentencia SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ Bogotá, D. C., veintiuno (21) de junio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 50001-23-33-000-2010-00606-01(1586-16) Actor: MARCELA DEL PILAR ROMERO TRUJILLO

³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, actor: Javier Enrique Muñoz Fruto. Número interno: 3404-2013.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 25 de agosto de 2016, actor: Lucinda María Cordero Causil. Número interno: 0085-2015.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Crislancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

un desmedro excesivo del patrimonio de este [...] y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado».

En la providencia en mención se definieron las reglas que en esta materia deberán atenderse para efectos de analizar el fenómeno prescriptivo en esta clase de asuntos:

i.- El estudio de la prescripción es posterior al de la existencia de la relación laboral: El juez solo podrá estudiar dentro de la sentencia, el fenómeno jurídico de la prescripción en cada caso, una vez analizada y demostrada la existencia de la relación laboral entre las partes.

ii.- Prescripción frente a las prestaciones sociales.

1.- Prestaciones sociales. La prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, interpretados en armonía con el artículo 12 del Convenio 95 de la OIT y los principios de favorabilidad, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos, progresividad, prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, así como los derechos al trabajo en condiciones dignas, tal como lo sostuvo esta sección en la referida sentencia, se contabilizará a partir de la terminación del vínculo contractual.

Así pues, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, supera los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar las prestaciones que de ella se derivan, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales» de que trata el artículo 53 Constitucional, perderá su oportunidad de obtenerlas, ya que dicha inactividad o tardanza será traducida en desinterés, el cual no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Empero, precisó que, en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un periodo determinado y que la ejecución entre uno y otro tenga un lapso de interrupción, habrá de analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización, por cuanto uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. En este sentido, le corresponde al juez analizar si existió o no la referida interrupción, la cual será excluida del reconocimiento y estudiada en cada caso particular, con el fin de proteger los derechos de los empleados, a quienes se les han desconocido sus derechos bajo la figura de los contratos de prestación de servicios.

2.- Aportes a pensión. En la citada providencia se determinó que este fenómeno jurídico no sería aplicable frente a los aportes para pensión, «en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, si son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales», por lo tanto, aun cuando los derechos salariales estén prescritos, por no haber sido reclamados dentro de los 3 años en que se hicieron exigibles, procederá el reconocimiento de los valores que debieron ser aportados para efectos de pensión.

No obstante, lo anterior no supone la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por este concepto, efectuados por el contratista, por cuanto ello representa un beneficio económico para él, que en nada influye en el derecho pensional, que es realmente el que se pretende proteger.

Asimismo, resaltó que en atención a que el derecho a una pensión afecta la calidad de vida del individuo que prestó sus servicios al Estado, el juez contencioso administrativo deberá estudiar en todas las demandas en las que se reconozca la existencia del contrato realidad, lo correspondiente a las cotizaciones debidas por la administración al Sistema de Seguridad Social en pensiones, aunque no se haya solicitado expresamente por el interesado, pues si bien la justicia contenciosa es rogada, lo cierto es que este precepto debe ceder ante postulados de carácter constitucional tales como la vida en condiciones dignas y la irrenunciabilidad a la seguridad social.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

De igual forma, sostuvo que las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema de seguridad social, derivados de la declaratoria de la existencia de la relación laboral, por su carácter de imprescriptibles y de naturaleza periódica, están exceptuadas de la caducidad.

Caso concreto. Revisadas las pruebas documentales y aplicando la sentencia unificada del Consejo de Estado, se encuentra que no hubo interrupción en los contratos de prestación de servicios, no configurándose el fenómeno de la prescripción, en razón a la terminación del vínculo contractual el día 31 de julio de 2016³⁷ y la reclamación presentada el día 29 de julio de 2019³⁸.

Tercer problema jurídico: ¿la demandante tiene derecho a la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengaban los empleados del Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E.?

Indemnización derivada de la existencia de la relación laboral.

La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral. Es preciso indicar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título de indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

Al respecto, el Consejo de Estado en providencia de 2014, señaló cuáles son las prestaciones sociales que deberán reconocerse, así:

«[...] Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son las prestaciones sociales que se deberán reconocer a título de reparación del daño integral al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.

En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son, entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.

Así, que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%”.

Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:

“[...] Por lo expuesto es dable concluir que, en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista. [...]”³⁹ (Negritas del texto original).

³⁷ Pdf 02 fl 71

³⁸ Archivo digital PDF 05Anexos. fls. 2-8.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Expediente: 68001-23-33-000-2013-00161-01 (0739-2014) Actor: Elkin Hernández Abreo

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Posteriormente, en la sentencia de unificación ya citada, respecto de los aportes a pensión, consideró que: «[...] la Administración deberá determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le corresponda como empleador [...] la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumba como trabajadora».

Lo anterior significa que, la entidad demandada para efectos del reconocimiento de estos aportes, deberá tener en cuenta el ingreso base de cotización, durante todo el tiempo laborado, esto es, el periodo durante el cual se desarrollaron las órdenes de prestación de servicios y verificar mes a mes los aportes efectuados por el trabajador, para así cotizar al respectivo fondo de pensiones lo que le compete como empleador, si es del caso. A su vez, al accionante le corresponde acreditar dichos aportes durante el tiempo de la vinculación y en caso de no haberse realizado o si existiere diferencia sobre los mismos, pagar o completar el porcentaje a su cargo.

Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado al considerar:

“De otra parte, en lo concerniente a la nivelación de los honorarios de la accionante, señala la Sala que en las controversias de contrato realidad cuando se declara la existencia de la relación laboral, hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar pero liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, puesto que, la relación laboral que se reconoce deviene de los contratos estatales pactados pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de la relación laboral, de tal manera que, el valor pactado en cada contrato constituye el parámetro objetivo para la liquidación de las prestaciones a que tiene derecho sin que haya lugar a que se modifique el contenido clausular referido al valor del contrato de prestación de servicios”⁴⁰.

Con base en la jurisprudencia del Consejo de Estado aplicable al presente asunto, se ordenará a la entidad demandada pagar a título de indemnización a favor de la demandante, lo siguiente:

1.- El equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos de la demandada en el periodo comprendido entre el 16 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2016, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado con la demandante y realizando los descuentos de ley.

2.- El valor en el porcentaje que por Ley debió cancelar el Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. como empleador, por aportes a pensión al Sistema General de Seguridad Social entre el 16 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2016, tomando como base de liquidación el valor mensual contratado, pues en este punto no operan los fenómenos jurídicos de caducidad de la acción y de prescripción cuando se presente la reclamación de los aportes pensionales adeudados al Sistema Integral de Seguridad Social derivados del contrato realidad, como quiera que redundan en garantías de orden público imprescriptibles, por mandato de la Constitución y la Ley y, debido a que el juez contencioso tiene el deber de pronunciarse sobre el particular a efectos de efectivizar los derechos del trabajador.

Para tales efectos, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante estos vínculos contractuales y en la eventualidad que no las has hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

Las demás pretensiones se negarán con fundamento en lo siguiente:

1. Indemnizaciones:

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ, sentencia del veintiséis (26) de octubre de dos mil diecisiete (2017), Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00118-01(0973-16), Actor: Yunived Castro Henao, Demandado: E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

En cuanto a las indemnizaciones, como solicitó la actora en su escrito de demanda, se dirá que los efectos patrimoniales de la declaratoria de un contrato realidad se contraen al pago de las prestaciones sociales a título de restablecimiento del derecho y, adicional a ello, debe decirse, que la relación -que por virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, es de índole laboral-, con la entidad demandada terminó, por voluntad de las partes al finiquitar el término contractual.

2. Indemnización moratoria:

Las cesantías como prestación social de carácter especial, constituyen un ahorro forzoso de los empleados para auxilio en caso de quedar cesantes. Este emolumento se encuentra regulado por las Leyes 50 de 1990 y 344 de 1996, las cuales prevén que el empleador deberá liquidarlo al 31 de diciembre de cada año por anualidad o fracción, y consignarla antes del 15 de febrero del año siguiente a que se causó, en cuenta individual a nombre del empleado en el fondo de cesantía que él mismo elija.

Así mismo, se dispuso que en caso de que la entidad empleadora las consignara de forma extemporánea, habría lugar al reconocimiento de una sanción moratoria favor del trabajador, así:

«Artículo 99. El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características:

[...]

3ª. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo.

[...]» (Se subraya)

De modo que si el empleador consigna las cesantías anuales con posterioridad al 15 de febrero del año siguiente al que se causaron, deberá reconocer y pagar a favor del asalariado sanción moratoria, consistente en un día de salario por cada día de retardo.

No es posible ordenar el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor de la demandante porque la obligación del pago de las cesantías se constituye a partir de esta sentencia, razón por la que no se den los presupuestos legales para su reconocimiento.

3. Improcedencia de la devolución de los aportes efectuados en exceso por el contratista al Sistema de Seguridad Social en salud:

El Consejo de Estado en sentencia de unificación de jurisprudencia de fecha nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) dentro del proceso 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), resolvió el problema jurídico frente a la posibilidad de devolver los aportes a salud en el porcentaje que el contratista no hubiese estado obligado a realizar e indicó: *“en función de su naturaleza parafiscal⁴¹, estos recursos son de obligatorio pago y recaudo para un fin específico y, por tanto, independientemente de que se haya prestado o no el servicio de salud, no constituyen un crédito a favor del interesado, pues su finalidad era garantizar la prestación de los servicios sanitarios para los dos regímenes que integran el sistema, «lo que excluye la posibilidad de titularidad que sobre los mismos pretenda el actor ejercer»⁴².*

Por consiguiente, dado que corresponde al contratista sufragar dicha contribución, en tanto está obligado por la ley a efectuarla⁴³, no es procedente ordenar su devolución, aunque se haya declarado la existencia de una relación laboral encubierta. Además, reembolsar estos aportes implicaría contradecir al legislador, cuya voluntad, como se expuso, buscaba que su recaudo fuera directamente a las administradoras de

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de 28 de septiembre de 2016. Radicación 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez

⁴² Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B. Radicado 76001 23 33 000 2012 00288 01 (3681 2013) C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁴³ Situación que también cambia y amerita mención especial con la entrada en vigor del Decreto 1273 de 2018 « Por el cual se modifica el artículo 2.2.1.1.1.7, se adiciona el Título 7 a la Parte 2 del Libro 3 del Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en relación al pago y retención de aportes al Sistema de Seguridad Integral y Parafiscales de los trabajadores independientes y modifica los artículos 2.2.4.2.2.13 y 2.2.4.2.2.15 del Decreto 1072 de 2015, Único Reglamentario del Sector Trabajo»

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Cristancho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

servicios de salud, por tratarse, se itera, de contribuciones de pago obligatorio con una destinación específica y con carácter parafiscal.

En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, **frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.**"

4. Frente al reintegro retención en la fuente, ha dicho el Consejo de Estado que, en casos como el presente, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se discuten temas laborales, no es el medio adecuado para ello. Por lo tanto, en atención a este criterio, la devolución de los dineros deducidos por conceptos tributarios no es procedente⁴⁴.

Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.⁴⁵: $R=Rh \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴⁶.

Finalmente, el despacho no impondrá costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto con lo previsto en el numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso, por no encontrar probados gastos que la sustenten.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la JUEZ DIECISIETE ADMINISTRATIVO ORAL DE BOGOTÁ, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio con radicado No. 20192100136061 del 15 de agosto de 2019 y recibido por la actora el 20 de agosto de 2019⁴⁷, suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO.- Declárese la existencia de la relación laboral entre el Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. y la señora MARIBEL CRISTANCHO GARZÓN, durante el periodo comprendido entre el 16 de enero de 2012 y el 31 de julio de 2016.

TERCERO.- Condénese al Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E., hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., a pagar a título de indemnización a favor de la señora MARIBEL CRISTANCHO GARZÓN, el equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibían los empleados públicos del Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. por el tiempo laborado, esto es, desde el 16 de enero de 2012 hasta el 31 de julio de 2016 tomando como base de liquidación el valor contratado y, el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales y, si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Para efectos de lo anterior, la actora deberá acreditar las cotizaciones que realizó al mencionado sistema durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiere hecho o existiese diferencia en su contra tendrá de la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajadora.

⁴⁴ Sentencia del 13 de junio de 2013 Exp. 042-13 Demandante: Alejandro Gómez Rodríguez, Demandado: Hospital San Fernando de Ama E.S.E, C.P: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 6 de octubre de 2016, Exp. No. 1773-15 Demandante: Jhon Gerardo Giraldo Rubio, C.P: William Hernández Gómez.

⁴⁵ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴⁶ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.

⁴⁷ Archivo digital PDF 05Anexos. fs. 9-18.

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Radicado: 110013335-017-2020-00015-00

Demandante: Maribel Crisncho Garzón

Demandado: Hospital Pablo VI Bosa I Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

CUARTO.- Las sumas que resulten a favor de la demandante deberán ajustarse tomando como base el Índice de precios al consumidor (IPC) conforme a lo dispuesto en el CPACA art 187, inciso 4, y según la fórmula adoptada por la Sección Segunda.⁴⁸: $R=R_h \times \text{INDICE FINAL} / \text{INDICE INICIAL}$ ⁴⁹.

QUINTO.- Denegar las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto.

SEXTO.- Se ordena el cumplimiento de la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

SEPTIMO.- SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

OCTAVO.- Una vez en firme esta sentencia, por la Secretaría del Juzgado COMUNÍQUESE a la entidad condenada el contenido de esta decisión con copia íntegra de la misma para su ejecución y cumplimiento (Artículos 192 y 203 incisos finales, de la Ley 1437 de 2011) y, expídase a favor de la demandante si lo solicita copia de la sentencia de conformidad con lo normado en el numeral 2º del artículo 114 del C.G.P.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ MATILDE ADAIME CABRERA
Juez

CRP

Firmado Por:

Luz Matilde Adaime Cabrera
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
Sala 017 Contencioso Admsección 2
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **d6224c732aa44225faaa6c8fcbd6752d3bb48d31b71f3bcab55ca6b29494e316**

Documento generado en 21/04/2022 10:26:53 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

⁴⁸ Consejo de Estado Sección segunda Sentencia 5116-05 del 13 de julio de 2006.

⁴⁹ En donde el valor (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante por conceptos a su favor desde su causación y hasta la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia, por el índice inicial, vigente a la fecha en que se causa cada concepto.