



JUZGADO TREINTA ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020).

Proceso : NRD 11001333503020190002900.
Demandante : Martín Eduardo Muñoz Mosquera.
Demandado : Sub Red Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E.
Decisión : Sentencia Primera Instancia.

OBJETO.

Decidir la demanda incoada, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, por MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA en contra de la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

I. DE LA DEMANDA.

a- Situación Fáctica.

Señala la parte actora que MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA prestó sus servicios como *Médico General* en la SUBRED INTEGRADA DE SALUD SUR E.S.E.- UNIDAD MEDICA HOSPITAL MEISSEN II NIVEL de manera ininterrumpida, entre el 3 de diciembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2017, bajo la figura de contratos de prestación de servicios. Que como la demandada desdibujó la naturaleza del contrato, peticionó el 17 de agosto de 2018 para que admitiera la existencia de una relación laboral por el tiempo que estuvo a su servicio y, por ende, le reconociera y pagara las acreencias laborales y prestacionales a que tiene derecho equivalentes a las de un *Médico General* de la planta orgánica de personal.

Que como la SUBRED INTEGRADA DE SALUD SUR E.S.E mediante Oficio OJU-E-2531-2018 del 5 de septiembre de 2018, le negó la declaratoria de existencia del contrato realidad y el consecuente reconocimiento y pago de las acreencias salariales

y prestaciones, instaura el presente medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

b. Pretensiones.

PRIMERA: Declarar la nulidad del acto administrativo **OJU-E-2531-2018** de fecha **5 DE SEPTIEMBRE DE 2018**, emitido por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, por medio del cual se NEGÓ el pago de las acreencias laborales y prestaciones sociales derivadas de la vinculación entre el **HOSPITAL MEISSEN II NIVEL** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** y el señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** durante el periodo comprendido entre el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017** y no otorgó recurso alguno.

SEGUNDA: Que se DECLARE que el accionante **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** fungió como Empleado Público de hecho para el **HOSPITAL MEISSEN II NIVEL** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** en el cargo de **MÉDICO GENERAL** durante el periodo comprendido entre el 3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagar al accionante, **LA TOTALIDAD DE LOS FACTORES DE SALARIO** devengados por los **MÉDICOS GENERALES** de planta en la entidad demandada, los cuales fueron causados por el demandante desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**.

CUARTA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagarle al demandante el valor equivalente al auxilio de las **Cesantías** causadas durante todo el tiempo de prestación de servicios, liquidado con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** del **HOSPITAL MEISSEN II NIVEL** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** entre el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**

QUINTA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA**, los **Intereses a la Cesantías** causados sobre los saldos que arroje la liquidación del auxilio a las cesantías año por año conforme al literal anterior.

SEXTA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** el valor equivalente a las **Primas de carácter legal de SERVICIOS** de junio y diciembre de cada año, causadas desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

SÉPTIMA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** la **Bonificación por Servicios Prestados** de cada año causadas desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidada con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

OCTAVA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** las **Primas de Navidad** de cada año, causadas desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

NOVENA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** las **Primas de carácter de Antigüedad** de cada año, causadas desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

DÉCIMA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** el valor de **los quinquenios** causados desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidados con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

DÉCIMA PRIMERA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** las **Primas de Vacaciones** de cada año causadas desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidadas con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

DÉCIMA SEGUNDA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** la **compensación en dinero de las vacaciones** causadas, desde el **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidado con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

DÉCIMA TERCERA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** los **subsidios de alimentación** causados desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidados con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

DÉCIMA CUARTA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** los **subsidios de transporte** causados desde el día **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, liquidados con la asignación legal otorgada al cargo de los **MÉDICOS GENERALES** en la entidad demandada.

DÉCIMA QUINTA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a efectuar en el fondo de pensiones al que se encuentra afiliado el demandante, las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, tomando como ingreso base de cotización, el **SALARIO** devengado por un trabajador de planta en el mismo MÉDICO GENERAL.

DÉCIMA SEXTA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a efectuar ante la entidad prestadora de salud (EPS) a la que se encuentra afiliado(a) el demandante, las cotizaciones impagas al sistema de seguridad social en salud por el periodo comprendido entre **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, tomando como ingreso base de cotización, el **SALARIO** devengado por un trabajador de planta en el mismo MÉDICO GENERAL.

DÉCIMA SÉPTIMA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a efectuar ante la administradora de riesgos laborales a la que se encuentra afiliado(a) el demandante, las cotizaciones impagas al sistema de riesgos laborales por el periodo comprendido entre **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, tomando como ingreso base de cotización, el **SALARIO** devengado por un trabajador de planta en el mismo MÉDICO GENERAL.

DÉCIMA OCTAVA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** a efectuar en la caja de compensación familiar a la que se

encuentra afiliado(a) el demandante, las cotizaciones impagas a por el periodo comprendido entre **3 DE DICIEMBRE DE 2010 HASTA EL 31 DE OCTUBRE DE 2017**, tomando como ingreso base de cotización, el **SALARIO** devengado por un trabajador de planta en el mismo MÉDICO GENERAL.

DÉCIMA NOVENA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA** la indemnización contenida en la ley 244 de 1995 artículo 2° a razón de un día de asignación de salario por cada día de mora en el reconocimiento y pago las cesantías definitivas, calculada hasta la fecha en que se efectúe el pago de las mismas.

VIGÉSIMA: Que se **CONDENE** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E** a pagarle al señor **MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA**, la suma de (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daños morales.

VIGÉSIMA PRIMERA: ORDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, para que sobre las condenas descritas en los numerales anteriores y sobre los dineros adeudados a mi mandante, le pague las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor conforme al índice de precios al consumidor o al por mayor y tal como lo autoriza el inciso final del artículo 187 y el artículo 193 de la ley 1437 de 2011, la reiterada jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, y demás normas concordantes.

VIGÉSIMA SEGUNDA: Que se **ORDENE** a la entidad demandada a dar cumplimiento al fallo que este Despacho profiera dentro de los términos establecidos en el artículo 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

VIGÉSIMA TERCERA: ORDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.**, a pagar intereses moratorios en favor de mi mandante si no da cumplimiento al fallo judicial dentro del término previsto en el artículo 192 Numeral 2° de la ley 1437 de 2011, conforme lo ordena el inciso 3° del mismo artículo y el numeral 4° artículo 195 del C.P.A.C.A.

VIGÉSIMA CUARTA: Que se **CONDENE** a la entidad demandada al pago de las costas y expensas de este proceso.

c. Normas violadas.

Invocó como normas vulneradas los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 48, 53, 58, 121, 122, 123, 125, 126, 209, 277 y 351-1 de la Constitución Política; la Ley 4 de 1992, Ley 332 de 1996, Ley 1564 de 2012, los artículos 15, 17, 18, 20, 22, 23, 128, 157, 161, 195 y 204 de la Ley 100 de 1993, Ley 244 de 1995, Ley 443 de 1998, Ley 909 de 2004, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el artículo 8 de la Ley 4° de 1990, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, Ley 3135 de 1968, Ley 1437 de 2011, los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, el Decreto 3074 de 1968, el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, el artículo 51 del Decreto 1848 de 1968, el artículo 25 del Decreto 1045 de 1968, Decreto 01 de 1984, Decreto 1335 de 1990, los artículos 5 y 71 del Decreto 1250 de 1970, los artículos 26, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968, los artículos 108, 180, 215, 240,

241 y 242 del Decreto 1950 de 1973, Decreto 3135 de 1968 y el artículo 2 del Decreto 1919 de 2002.

Citó como precedente judicial que apoya las pretensiones de la demanda las sentencias C- 171 de 2012, C-555 de 1994, SU-400 de 1996, C-053 de 1996, C-154 de 1997, C-901 de 2011, C-171 de 2012 y C-614 de 2009, proferidas por la Honorable Corte Constitucional; y las sentencias del 25 de enero de 2001, expediente 1654-2000; del 15 de junio de 2006 expediente IJ-0039; expediente 3130-04 del 17 de abril de 2008; expediente 2776 – 05 y 2152 -06 del 6 de marzo de 2008; del 19 de febrero de 2009, expediente 3074-2005; del 15 de junio de 2011 expediente 1129-10 proferidas por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado Subsecciones A y B; y la Sentencia de Unificación CE-SUJ2 del 25 de agosto de 2016, entre otras.

d. Concepto de violación.

El apoderado de la demandante aduce que existe violación a la normatividad y el precedente judicial citado como quiera que la entidad demandada al desconocer el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas ocultó una verdadera relación laboral entre las partes. Que acorde con el Código Sustantivo del Trabajo se entiende que existe una relación de trabajo cuando se estructuran los tres elementos esenciales de actividad, subordinación y salario, la cual deberá estar regida por un contrato de trabajo, normativa que no fue aplicada por la entidad; por ende, se desconoció los salarios y demás emolumentos prestacionales a que tiene derecho la actora, sometiéndola a una injusta discriminación y desigualdad al desnaturalizar la figura del contrato de arrendamiento de servicios.

Que la entidad demandada realizó acciones indebidas para contratar indebidamente al demandante, escondiendo una relación laboral sin ninguna justificación, demostrando de esta manera mala fe patronal; que al ejecutar el contrato se estaba desarrollando el objeto social de la entidad, entonces debió vincular al actor por medio de una relación legal garantizando así sus derechos laborales; por tanto, solicita acceder a las suplicas de la demanda.

Citó como fundamento de lo anterior las sentencias proferidas por la Honorable Corte Constitucional C-154 de 1997, C-901 de 2011, C-614 de 2009 y C-171 de

2012, y transcribió la parte considerativa de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado el 15 de junio de 2011, radicado 1129-10¹, así como apartes de otras sentencias², entre otras consideraciones.

II. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

a. Argumentos de la defensa.

La apoderada judicial de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., contestó oportunamente el libelo inicial (fls. 58 y ss.), pronunciándose sobre los hechos narrados en la demanda y oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la misma, para el cual se fundamenta en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 1876 de 1994 y concordante con el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, indicando que la entidad representada en materia contractual se rige por el derecho privado y podrá utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto de contratación pública que se rige por la Ley 80 de 1993.

Que teniendo en cuenta la importancia del servicio que prestan las ESE's es posible que se presenten situaciones fácticas que ocasionen gran cúmulo de actividades a desarrollar, las cuales deben suplirse mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios, en tanto el personal de planta resulta insuficiente para cumplir con la gestión encomendada, gozando de autonomía para la celebración de contratos fundamentados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Con fundamento en la sentencia C-154 de 1997 hace referencia a la posición de la H. Corte Constitucional acerca de la subordinación como elemento esencial de los contratos realidad, indica que el hecho de recibir instrucciones no implica *per se* la existencia de dicho contrato sino que denota la necesidad de establecer si el desarrollo de las actividades del contratista están dirigidas al cumplimiento del objeto contractual. Así mismo, transcribe apartes de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado del 19 de julio de 2017³ indicando que en ningún caso los contratos estatales de prestación de servicios generan una relación laboral ni

¹ Radicado 25000-23-25-000-2007-00395-01, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

² Radicados 15001-23-31-000-2001-01577-01(1343-09) del 7 de octubre de 2010 y 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05) del 19 de febrero de 2009, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. 41001-23-31-000-1998-00792-01(0792-06) del 11 de marzo de 2010 M.P. Alfonso Vargas Rincón.

³ Radicado 63001233300020140013901(1771-2015), M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

reconocimiento de prestaciones sociales, correspondiendo la carga de la prueba al demandante, quien siendo contratista pretende demostrar lo contrario, desconociendo así la legalidad de los contratos celebrados entre las partes acorde con la Ley 80 de 1993. Añade que el hospital Meissen aplicó todas las condiciones y requisitos establecidos por la normatividad, y que el contrato suscrito no se convierte en laboral por entrañar permanencia y subordinación, ni las sumas canceladas se convierten en salario, pues en desarrollo del objeto contratado, por su naturaleza, no puede llevarse a cabo en las circunstancias escogidas por el contratista, sino dentro de las condiciones pactadas y aceptadas por el mismo.

Con fundamento en la sentencia C-713 de 2009, indica que la celebración de contratos de prestación de servicios no implica necesariamente discriminación alguna sobre un profesional, respecto al titular del cargo de carrera administrativa, dado que es la ley la que ha facultado a las entidades públicas para suscribirlos, siguiendo los parámetros establecidos. Que respecto al cumplimiento de horario con ocasión de la celebración del contrato, el H. Consejo de Estado ha manifestado que en determinados casos es una concertación contractual entre las partes para desarrollar el objeto contractual en forma coordinada con los usos y condiciones necesarias para el cumplimiento de la labor.

Que de la naturaleza del contrato suscrito no se desprende una relación de subordinación laboral ni dependencia para la labor desempeñada, pues tratándose de la prestación del servicio de salud este debe realizarse de forma complementaria entre médicos, jefes y auxiliares con el fin de satisfacer la prestación del servicio, por lo que no está demostrado que el demandante recibiera órdenes del hospital o de los jefes de área, actuando con plena autonomía y conocedora de la realidad que no estaba sometida a los elementos jurídicos de subordinación, horario y salario.

Finalmente, sostiene que el cargo desempeñado por la demandante no es de aquellos de carácter permanente en la entidad, del cual pudiera desplegarse un contrato de trabajo, sino que es un cargo que no guarda relación con el objeto social de la entidad demandada, no existiendo entonces ninguna obligación por cumplir y mucho menos reconocer indemnizaciones, debido a que siempre se actuó dentro de los parámetros y facultades que otorga la ley, enmarcándose siempre en el principio de la buena fe que regula las relaciones contractuales; por lo anterior, como no hay

lugar a realizar ningún tipo de reconocimiento laboral, solicita que se absuelva a la entidad demandada de las pretensiones incoadas.

Propuso como excepciones previas la prescripción y la cosa juzgada; y de fondo o mérito alegó el pago, inexistencia del derecho y la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, la inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, la buena fe, el cobro de lo no debido, la presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, la relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, compensación, oposición, inexistencia de perjuicios y la genérica o innominada.

III. DEL TRÁMITE PROCESAL.

Admitida la demanda mediante auto del 25 de febrero de 2019 (fls. 51-52), fue notificada a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., al MINISTERIO PÚBLICO y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO (fls. 55-57), habiendo la demandada constituido apoderado para la defensa de sus intereses (fls. 85 y ss.).

Realizada la audiencia inicial donde se saneó el proceso, se fijó el litigio, se resolvió lo atinente a la excepción previa de prescripción, en cuanto a la de cosa juzgada se decidió que sería resuelta en la presente sentencia una vez fuera aportadas las pruebas pertinentes, indicando que las demás excepciones propuestas serán tenidas como de mérito o argumentos de defensa y, ante la postura del Comité de Conciliación de la entidad demandada se declaró fallida la conciliación, y se decretaron las pruebas a que hubo lugar, fijando fecha y hora para realizar la audiencia de pruebas.

En la audiencia de pruebas celebrada el 5 de marzo de 2020, se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante y los testimonios solicitados, se aceptó el desistimiento del testimonio de JACKSON EMIRO MURILLO MOSQUERA, solicitado por el apoderado del actor, se le atribuyó el valor probatorio a las documentales allegadas por la entidad y se requirió a las partes para que, en el término de diez (10) días, aportaran toda la documental respecto al nombramiento de planta de medio tiempo del demandante en el hospital MEISSEN, vencidos los

cuales comenzaría a correr el término de traslado para que los apoderados de las partes y el Ministerio Público alegaran de conclusión por escrito.

El apoderado judicial de la parte actora, en su alegato conclusivo, se ratificó en los fundamentos jurídicos de sus pretensiones, señalando que en el presente asunto, el demandante fue contratado para cumplir la función administrativa de la entidad, que es la prestación del servicio de salud como médico, cargo y funciones que hacen parte de la misión de la entidad. Que al revisar el manual de funciones se evidencia que las actividades ejecutadas por el actor resultan iguales a las ejercidas por un empleado público en el mismo cargo, quienes devengan salarios, prestaciones y acreencias laborales, lo cual constituye una violación flagrante al derecho al trabajo, la dignidad y la igualdad, pues, es abiertamente desproporcionado que una entidad de naturaleza pública, contrate personal para un mismo cargo bajo diferentes formas de vinculación, desconociendo las garantías laborales mínimas, al no existir diferencia alguna entre las responsabilidades o funciones asignadas

Que entre las partes se presentó una verdadera relación laboral permanente, por cuanto se probaron los elementos de prestación personal del servicio, dependencia o subordinación y remuneración, evento en el cual surge el derecho a que se le concedan al trabajador las prerrogativas de orden laboral y prestacional, que los argumentos de la entidad pierden asidero ante la configuración de la relación laboral, y teniendo en cuenta que en el presente caso jamás existió independencia al tener el demandante que cumplir un horario y recibir órdenes directas de sus superiores, máxime cuando la entidad no tiene legitimidad jurídica alguna para contratar por prestación de servicios a los médicos y en general a cualquier otro cargo de carácter permanente, subordinado y que permita el desarrollo de la misión de la entidad.

Afirmó que de acuerdo con la prueba testimonial, el demandante cumplía horario en los turnos delimitados por la entidad, tenía jefes inmediatos, no se podía ausentar del turno de trabajo y que cumplía las mismas funciones y en los mismos términos que los empleados de planta de la entidad, que no hubo interrupción en la prestación del servicio, recibía un pago mensual como contraprestación de sus servicios, que su labor era desempeñada de manera personal y que debía portar un carné, aseveraciones reales, coincidentes y obvias, y no fruto de la invención de los testigos, quienes fueron compañeros de trabajo, jefes y subordinados del actor, los

cuales no fueron tachados de falsos y cuyas declaraciones fueron consistentes con la documental aportada.

Indica que acorde con la jurisprudencia citada en la demanda, la prestación de servicios debe ser temporal, los contratistas laboran con sus herramientas de trabajo, no se les pagan honorarios de forma mensual, no se le imponen turnos u horarios, ni tampoco desempeña funciones públicas. Que aunque la entidad aparentemente interrumpía los contratos, quedó demostrado en el proceso que el accionante continuaba ejecutando sus funciones prestando sus servicios de manera ininterrumpida y sin solución de continuidad.

Que durante un breve periodo el demandante prestó sus servicios en la entidad de manera simultánea como empleado público, una jornada de trabajo y la otra jornada vinculado a través de contratos prestación de servicios, desarrollando en ambas vinculaciones y jornadas las mismas funciones como médico, lo que prueba que este cargo existe en la planta de personal de la entidad, y que durante el tiempo en que tuvo ambas vinculaciones, los servicios se prestaron en jornadas de trabajo diferentes; y que si bien los empleados públicos solo pueden tener un empleo, percibir una sola asignación del erario y trabajar un máximo de 44 horas semanales, tal como se desprende del artículo 19 de la Ley 4 de 1992 y el artículo 2 de la Ley 269 de 1996, a los profesionales de la salud les está permitido trabajar de varias formas bajo jornadas que no superen las 66 horas semanales como en efecto ocurrió.

En cuanto a la excepción propuesta de *cosa juzgada*, indica que el actor demandó al HOSPITAL VISTA HERMOSA por aspectos jurídicos similares a los tratados en este proceso y, a través de sentencia, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ordenó reconocer a su favor el pago de acreencias, prestaciones y demás rubros de índole laboral, causados entre el 17 de julio de 2009 y el 31 de agosto de 2013; sin embargo, en el caso sub judice, se está pidiendo a título de restablecimiento del derecho, una serie de rubros causados entre el mes de septiembre de 2013 y el 31 de octubre de 2017, por lo anterior, no opera el fenómeno de la cosa juzgada, pues la *causa petendi* y los hechos de la demanda son diferentes a los que sustentaron la base de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 25000234200020140281600.

Finalmente, asegura que las pruebas fueron concluyentes y las manifestaciones de los testigos conducentes, evidenciando los elementos de una verdadera relación laboral, por lo que solicitó desestimar los argumentos de la accionada y despachar favorablemente las pretensiones de la demanda, entre otras.

Por su parte, la apoderada de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y el Agente de Ministerio Público en esta oportunidad guardaron silencio del traslado para alegar de conclusión.

IV. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO.

a. Del caso a debatir.

Se discute en esta oportunidad la legalidad del acto administrativo OJU-E-2531-2018 del 5 de septiembre de 2018, por medio del cual la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., negó el reconocimiento y pago de los factores salariales y prestacionales a MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA, por haber prestado sus servicios como *Médico General* entre el 3 de diciembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2017, bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

b. Tesis de la parte demandante.

Como la vinculación del actor por varios años en la modalidad de contratista simuló una verdadera relación laboral, tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos salariales y prestacionales que le corresponden a un empleado par de planta.

c. Tesis de la parte demandada.

Como el demandante fue contratado a través de la figura del contrato de prestación de servicios, no tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales y prestacionales, ya que no existió vínculo laboral entre las partes.

d. Acervo probatorio recolectado.

Se allegó al proceso, en legal forma, los medios probatorios siguientes:

- Petición del 17 de agosto de 2018 con la cual MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA solicitó a la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. -HOSPITAL MEISSEN II NIVEL- el reconocimiento y pago de sus factores salariales y prestacionales (fls. 28 a 31).
- Oficio OJU-E-2531-2018 del 5 de septiembre de 2018, expedido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., mediante el cual negó el reconocimiento y pago de prestaciones laborales a MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA (fls. 33 a 40).
- Trámites pertinentes para agotar el requisito de procedibilidad de la acción ante la Procuraduría General de la Nación (fls. 42 a 48).
- Oficios suscritos por las Jefes de la Oficina Asesora Jurídica de las SUBREDES DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE y SUR OCCIDENTE, y la Gerente de la SUBRED DE SERVICIOS DE SALUD NORTE, donde informan que el demandante no tiene ni ha tenido vínculo contractual con las mencionadas E.S.E.'s (fls. 104, 105 y 171).
- Copia del Manual de Funciones y competencias laborales de la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – HOSPITALES VISTA HERMOSA, MEISSEN Y USME -para el cargo de Médico General - Código 211 grados 08, 26, 31 y 55 para los años 2010 a 2017 (fls. 108 a 152).
- Certificación de la asignación básica y los factores prestacionales percibidos por un Médico General - Código 211 grados 08 y 11 para los años 2010 a 2017, suscrita por el Director Operativo de la entidad demandada (fl. 153).
- Copia del expediente administrativo del demandante que incluye los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes con sus respectivas prorrogas y adiciones, la hoja de vida de la demandante con sus anexos, planillas de pagos a seguridad social correspondientes a los años 2012 a 2016, informes mensuales rendidos, pólizas de cumplimiento, actas de liquidación, entre otros (CD fl. 154).
- Certificaciones del 1 de abril de 2016 y del 18 de diciembre de 2019, expedida por el Subdirector Administrativo y la Directora de Contratación de la SUB RED

INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., respectivamente, en la que constan las ordenes de prestación de servicios que suscribió MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA desde el 1 de abril de 2011 hasta el 31 de agosto de 2017 indicando el objeto y valor de cada contrato (fl. 157 y CD fl. 154).

- Copia del expediente administrativo del demandante acerca de su vinculación con el HOSPITAL USME por el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2013 al 31 de octubre de 2014, y que incluye los contratos de prestación de servicios suscritos, las actas de inicio, cuentas de cobro, certificados de disponibilidad presupuestal y pagos a seguridad social, entre otros (CD fl. 154).
- Cuadros de los turnos prestados por el demandante en el HOSPITAL MEISSEN durante febrero a octubre de 2011 (CD fl.154 vto.).
- Interrogatorio de parte del demandante y los testimonios de GUSTAVO ANDRÉS ROMERO CUERVO, JORGE ELIECER SÁNCHEZ DÍAZ y EDILMA RODRÍGUEZ ORDOÑEZ, recaudados en la audiencia de pruebas celebrada el 5 de marzo de 2020 (CD fl. 176).
- Copia de la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 25000234200020140287600 (CD fl.178).
- Copia de la documentación relacionada con el nombramiento del demandante en la planta de medio tiempo del HOSPITAL MEISSEN desde el 19 de marzo de 2014 al 31 de diciembre de 2017 (correo electrónico recibido el 7 de julio de 2020).
- Copia del consolidado de aportes a pensión del demandante en el fondo privado PORVENIR con corte al 9 de julio de 2020 (correo electrónico recibido el 7 de julio de 2020).

e. Problemas jurídicos por resolver.

¿El personal asistencial que preste directamente servicios de salud puede desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público? ¿Existió una verdadera relación laboral entre las partes en contienda? En caso afirmativo:

¿Cuáles son los efectos del contrato realidad? Examinado a la luz del nuevo precedente judicial: ¿Ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción?

f. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Para resolver el conflicto planteado acudiremos a los valores justicia, equidad y solidaridad, a la directriz de que como el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio; a los principios de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; a los derechos del trabajo, la seguridad social y la igualdad, y que uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho es el de garantizar su efectividad, todos consagrados en el preámbulo y los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 25, 48, 53, 90, 122, 123, 125, 209, 228, 230, 269, entre otros, de la Constitución Política de 1991 de un lado y, por otro, que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios y el numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993 que da la posibilidad a la ESE de celebrar contratos privados en las que se pueden incluir las cláusulas exorbitantes de la contratación pública.

- **Del Contrato Realidad.**

Para resolver el tópico de si en el presente evento los contratos de prestación de servicios *ut supra* simulaban una verdadera relación laboral se observará la protección del derecho al trabajo, especialmente a la vinculación laboral con el Estado, los límites a la contratación de funciones permanentes de entidades del Estado, el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, entre otros, referidos por la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 614 de 2009 en la que recapituló:

“...2.6. PROTECCION CONSTITUCIONAL A LOS DIVERSOS TIPOS DE RELACIÓN LABORAL

2.6.1. Protección constitucional general al empleo

Sin duda, la modalidad del trabajo con mayor protección constitucional es la derivada de la relación laboral, tanto con los particulares como con el Estado. Esa mayor intervención del Constituyente produce no sólo menor libertad de configuración normativa para el legislador porque existen barreras superiores que imponen condiciones laborales mínimas, sino también genera el deber de intervención directa e inmediata de las autoridades públicas en el contrato para evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el mismo.

En efecto, el artículo 25 superior constituye la cláusula general de protección del derecho de acceso, permanencia y estabilidad del empleo de los trabajadores; el artículo 26 constitucional regula, entre otros temas, la libertad de escogencia de la profesión u oficio productivo; el artículo 39 de la Carta autoriza expresamente a los trabajadores y a los empleadores a constituir sindicatos y asociaciones para defender sus intereses; el artículo 40, numeral 7º, de la Constitución establece como un derecho ciudadano el de acceder a los cargos públicos; los artículos 48 y 49 de la Carta establecen los derechos a la seguridad social en pensiones y en salud, entre otros, de los trabajadores dependientes e independientes; el artículo 53 superior regula los principios mínimos fundamentales de la relación laboral; el artículo 54 de la Carta establece la obligación del Estado de propiciar la ubicación laboral a las personas en edad de trabajar y de garantizar a las personas discapacitadas el derecho al trabajo acorde con sus condiciones de salud, los artículos 55 y 56 consagran los derechos a la negociación colectiva y a la huelga, el artículo 60 otorga el derecho a los trabajadores de acceso privilegiado a la propiedad accionaria, el artículo 64 superior, regula el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra y la efectividad de varios derechos de los campesinos y los trabajadores agrarios; el artículo 77 superior que garantiza la estabilidad y los derechos de los trabajadores de INRAVISIÓN. los artículos 122 a 125 señalan derechos y deberes de los trabajadores al servicio del Estado; el artículo 215 superior impone como límite a los poderes gubernamentales previstos en “estados de excepción”, los derechos de los trabajadores, pues establece que “el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”; el artículo 334 superior establece como uno de los fines de la intervención del Estado en la economía, el de “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” y el artículo 336 de la Constitución también señala como restricción al legislador en caso de consagración de monopolios, el respeto por los derechos adquiridos de los trabajadores.

La especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se explica claramente por el tránsito del Estado Constitucional, pues de ser un Estado gendarme (cuyas funciones principales se cumplían con la abstención, el respeto por la autonomía de la voluntad privada que rige las relaciones entre particulares y el reconocimiento de la igualdad formal entre todos los administrados), hacia un Estado Social de Derecho con responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en tanto que entendió que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial.

Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la

Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.

2.6.2. Protección constitucional especial a la vinculación laboral con el Estado

Ahora bien, para el caso de la vinculación laboral con el Estado, además de las reglas generales de protección a los derechos de los trabajadores, la Constitución también estableció reglas particulares mínimas que buscan conciliar la salvaguarda de los derechos laborales de los servidores públicos y la defensa de los intereses generales. Así, dentro de ese catálogo de disposiciones especiales que rigen las relaciones laborales de los servidores públicos, encontramos, entre otras, las siguientes que resultan relevantes para resolver el asunto sub iúdice: i) el ingreso y ascenso a los cargos públicos se logra, por regla general, por concurso público en el que se miden los méritos y calidades de los aspirantes (artículo 125 superior), ii) la permanencia y el retiro de la función pública en los cargos de carrera está regida por el principio de estabilidad en el empleo porque su desvinculación podrá efectuarse por calificación no satisfactoria en el desempeño del mismo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la ley (artículo 125 de la Constitución), iii) el desempeño de funciones públicas se hará, por regla general, mediante el empleo público [10] que debe aparecer en las respectivas plantas de personal de las entidades públicas (artículo 123 de la Carta), iv) el cargo público remunerado debe tener tres requisitos: funciones detalladas en la ley y el reglamento, consagración en la planta de personal y partida presupuestal que prevea sus emolumentos (artículo 122 de la Constitución), v) por el ejercicio del cargo o de las funciones públicas, existe responsabilidad

que será regulada por la ley (artículos 6º y 124 superiores) y, vi) para el ingreso y ejercicio de los cargos públicos existen requisitos, calidades y condiciones previstas en la ley que limitan el derecho de acceso al empleo público (artículos 122, 126, 127, 128 y 129 de la Constitución, entre otros).

Nótese que ese conjunto de reglas constitucionales previstas específicamente para el empleo público constituyen imperativos que no sólo limitan la libertad de configuración legislativa en la regulación de las condiciones de trabajo de los servidores públicos y de los particulares que prestan funciones en la administración, sino también restringen la discrecionalidad de las autoridades administrativas para la vinculación, permanencia y retiro del servicio. Entonces, ni la ley ni el nominador tienen potestades ilimitadas para establecer condiciones de trabajo, pues están obligados a respetar los requisitos mínimos de acceso y permanencia en el empleo público previstos en la Constitución.

2.6.3. Diferencias en el tratamiento constitucional para la relación laboral ordinaria y para la vinculación contractual con el Estado.

En este sentido, es evidente que el Constituyente no estableció el mismo trato

jurídico para la relación laboral y para la vinculación contractual por prestación de servicios con el Estado, pues mientras que la primera tiene amplia protección superior la segunda no sólo no tiene ninguna referencia constitucional porque corresponde a una de las múltiples formas del contrato estatal, sino que no puede ser asimilada a la relación laboral porque tiene alcance y finalidades distintas. Así las cosas, desde la perspectiva constitucional no es posible erigir para la relación laboral con el Estado y para el contrato de prestación de servicios consecuencias jurídicas idénticas y las mismas condiciones de acceso a la función pública.

En desarrollo de lo dispuesto en la Constitución, el legislador definió el contrato laboral como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración” [11]. Esto significa que la relación laboral con el Estado, que surge de la relación legal y reglamentaria o del contrato de trabajo, no importa el nombre que las partes le den porque prevalece el criterio material respecto del criterio formal del contrato, tiene tres elementos que lo identifican: i) la prestación de servicios u oficios de manera personal, ii) la subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, iii) la contraprestación a los dos anteriores que se denomina salario [12] . Por su parte, el contrato de prestación de servicios fue diseñado por el legislador como un contrato estatal que celebran “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” [13].

En múltiples oportunidades [14], la Corte Constitucional ha resaltado las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el contrato laboral. Así, por ejemplo, en la sentencia que analizó la constitucionalidad del concepto legal de contrato de prestación de servicios, la Corte recordó sus características para efectos de distinguirlo del contrato laboral, así:

...El contrato de prestación de servicios a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

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.

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.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo [15].

Y, también en varias ocasiones [16] , esta Corporación ha llamado la atención sobre las graves consecuencias que, para la supremacía constitucional y la vigencia del orden justo, representa la distorsión del contrato de prestación de servicios y su confusión con las vinculaciones laborales. Al respecto, expresó:

“...la ley regula detalladamente el contrato de prestación de servicios y toma medidas para darle una identidad propia, diferenciándolo del contrato de trabajo. Tal detenimiento resulta explicable por las graves implicaciones que tiene para el Estado la distorsión de ese contrato y la generación irregular, a través de él, de relaciones laborales.

En primer lugar, la generación de relaciones laborales con ocasión de la suscripción de contratos de prestación de servicios involucra el desconocimiento del régimen de contratación estatal pues éstos sólo se trastocan en relaciones de esa índole si se les imprime carácter intemporal o si se incluyen cláusulas que subordinan al contratista a la administración, situaciones que son completamente ajenas a ese régimen contractual.

En segundo lugar, con ese proceder se desconocen múltiples disposiciones constitucionales referentes a la función pública pues de acuerdo con ellas no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Artículo 122); los servidores públicos ejercen sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (Artículo 123); el ingreso a los cargos de carrera se hará previo cumplimiento de estrictos requisitos y condiciones para determinar los méritos y calificaciones de los

aspirantes (Art. 125) y la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva (124).

En tercer lugar, se vulnera el régimen laboral porque se propicia la vinculación de servidores públicos con desconocimiento del régimen de ingreso a la función pública y se fomenta la proliferación de distintos tratamientos salariales y prestacionales con la consecuente vulneración de los derechos de los trabajadores.

En cuarto lugar, se desconoce el régimen presupuestal pues se prevén cargos remunerados sin que estén contemplados en la respectiva planta de personal y sin que se hayan previsto los emolumentos necesarios en el presupuesto correspondiente.

Finalmente, se causa un grave detrimento patrimonial al Estado pues como consecuencia de esas relaciones laborales, irregularmente generadas, se promueven demandas en su contra que le significan el pago de sumas cuantiosas” [17]

Así las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados. Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos.

En consideración con las diferencias entre estas dos modalidades de contratos para el desempeño de funciones públicas, la Corte señaló que la relación laboral es un criterio objetivo utilizado por el legislador para proteger ciertas relaciones de trabajo. Por ejemplo, en sentencias C-282 de 2007 y C-960 de 2007, la Sala Plena concluyó que es válido constitucionalmente que la Ley utilice como criterio de diferenciación el tipo de vinculación laboral o contractual. En efecto, la Corte encontró válida la regulación sobre que el acoso laboral sólo es aplicable a las relaciones laborales y no a las vinculaciones por prestación de servicios, por cuanto “la protección al trabajador frente al acoso laboral, en los términos de la ley parcialmente acusada, obedece a la existencia real de subordinación pues la dependencia en la relación es la que determina la posibilidad de acoso, de acuerdo a los sujetos y al ámbito de aplicación de la ley” [18]. Igualmente, la sentencia C-094 de 2003, encontró ajustada a la Constitución una norma del Código Disciplinario Único que sanciona como falta gravísima del servidor público la celebración de contratos de prestación de servicios para ocultar relaciones laborales, por cuanto se exige constitucionalmente que la ley proteja el contrato realidad. En igual sentido, la sentencia C-672 de 2001, declaró la exequibilidad del artículo 5º de la Ley 190 de 1995 que establecía la nulidad del contrato de prestación de servicios porque no se cumplieron los requisitos para el ejercicio

del cargo o para su celebración, por lo que si se demuestra que verdaderamente se trataba de una relación laboral, el contrato debía dejarse sin efectos.

En consideración con las diferencias que surgen de los contratos de prestación de servicios y el laboral, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta, debe aplicarse el principio de “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales” tanto en las relaciones entre particulares como en las que celebra el Estado, como pasa a verse:

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al principio de primacía de la realidad sobre la forma

En cuanto a la aplicación de este principio, cabe recordar lo dicho por esta Corporación en sentencia C-555 del 6 de diciembre de 1994:

"La entrega libre de energía física o intelectual que una persona hace a otra, bajo condiciones de subordinación, independientemente del acto o de la causa que le da origen, tiene el carácter de relación de trabajo, y a ella se aplican las normas del estatuto del trabajo, las demás disposiciones legales y los tratados que versan sobre la materia. La prestación efectiva de trabajo, por sí sola, es suficiente para derivar derechos en favor del trabajador, los cuales son necesarios para asegurar su bienestar, salud y vida. Las normas laborales nacionales e internacionales, en atención a la trascendencia del trabajo y a los intereses vitales que se protegen, están llamadas a aplicarse de manera imperativa cuando quiera se configuren las notas esenciales de la relación de trabajo, sin reparar en la voluntad de las partes o en la calificación o denominación que le hayan querido dar al contrato"

La Corte Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad no supone la incorporación automática a las categorías de empleado público o de trabajador oficial, en tanto que “la situación legal y reglamentaria y la relación laboral de estos no es equivalente ni asimilable a la situación del contratista independiente” [19] , pero sí tiene plena aplicación respecto de las relaciones contractuales que suscritas con fundamento en la Ley 80 de 1993, constituyen verdaderas formas de vinculación laboral [20]

De igual manera, esta Corporación ha aplicado este principio en los contratos laborales celebrados por las empresas de servicios temporales [21] , pues advirtió que “si en un caso concreto se logra acreditar la presencia de las características esenciales del contrato de trabajo así dicha relación se haya conformado bajo la forma de un contrato de prestación de servicios, en este caso surgirá en consecuencia el derecho a reclamar el pago de las prestaciones sociales propias de una relación laboral, pues habrá de aplicarse el principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo” [22]

En el mismo sentido, manifestó que el principio objeto de estudio es aplicable a los contratos laborales que no pueden ser renovados indefinidamente por parte del empleador, “pues dicha situación generaría en el trabajador una inestabilidad frente a su relación laboral, como ocurre en el caso de los contratos laborales celebrados con las empresas temporales, y se caracterizan porque la duración del mismo hace relación a la obra o labor para la cual fueron contratados” [23].

En cuanto a las relaciones derivadas de la vinculación a una Cooperativa de Trabajo Asociado y la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos en las relaciones laborales, la Sala Octava de Revisión expresó:

“La Ley 79 de 1988 define a las Cooperativas de Trabajo Asociado como aquellas que vinculan el trabajo de sus asociados con el fin de producir bienes o prestar servicios [24]. Al estudiar la constitucionalidad de la norma en cita, esta Corte identificó la asociación voluntaria y libre, la igualdad entre los asociados, la fuerza de trabajo de los asociados y la solidaridad en la compensación como las características más relevantes de las Cooperativas de Trabajo Asociado ; respecto a este último punto la sentencia en mención afirmó que “todos los asociados tiene derecho a recibir una compensación por el trabajo aportado, además de participar en la distribución equitativa de los excedentes que obtenga la cooperativa”.

En estos términos y acorde con la norma que reglamenta la materia y la sentencia que determinó su constitucionalidad, para la Sala Plena de esta Corte es claro que dada la identidad entre el asociado y trabajador, la relación entre éste y la Cooperativa no se regula por el Código Sustantivo de Trabajo. Sin perjuicio de la calidad de trabajador de aquellos que son contratados con carácter ocasional o permanente no asociados. Ha precisado esta Corte, también, que la vinculación a una Cooperativa no excluye el surgimiento de una relación laboral, es decir, cuando el cooperado no trabaja directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la Cooperativa”.

Esta última afirmación se sustenta en el principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales [25] (art.53 C.P.) que permite establecer a partir de la existencia de los elementos de la relación laboral, la existencia del contrato de trabajo. Sostiene la Corte que en el caso específico de las cooperativas de trabajo asociado, el “vínculo laboral es ajeno al lugar donde el trabajador preste sus servicios, por orden de la cooperativa. Estos pueden inclusive ser desarrollados donde terceros con quienes la cooperativa suscriba contratos para tal efecto”.

(....)

La breve descripción de la jurisprudencia que se realizó en precedencia permite inferir dos conclusiones relevantes para el caso objeto de estudio:

La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.

La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen

el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003 [32], de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”

ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008 [33]).

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003 [34]). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008 [35]).

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 [36] a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino

que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ..." [37] (subrayas fuera del texto original)

v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003 [38], indicó:

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"

En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habituales (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes [39], a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública [40], a mensajeros [41] y a un técnico y operador de sistemas [42]. Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa [43]

En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales.

Con base en lo expuesto, la Sala resolverá si la prohibición para celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente porque se requiere crear los empleos correspondientes, es contraria a la Constitución.

(...)

2.8. CUESTIÓN FINAL: NECESIDAD DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN A LA RELACION LABORAL

A pesar de que, como se vio, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución, lo cierto es que resulta un lugar común afirmar que, en la actualidad, se ha implantado como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: la suscripción de "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing.

(...)

Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto [45].

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral.

(...)

Eso muestra, entonces, que a los jueces en el análisis de los casos concretos, a los empleadores, a los órganos de control y a los entes del sector público como el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia de Economía Solidaria, corresponde exigir la efectividad de las leyes que protegen los derechos laborales de los trabajadores. Para ese efecto, en el estudio puntual, deberá averiguarse si las formas legales como las cooperativas de trabajo, o los contratos de prestación de servicios, o los contratos celebrados por empresas de servicios temporales realmente tuvieron como verdadero objeto social o finalidad contractual el desarrollo de las actividades permitidas en la ley o si fueron utilizadas como instrumentos para disimular relaciones de trabajo.

(...)

En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los

trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales.

En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.
(...)

Que la anterior línea jurisprudencial fue reiterada por la H. Corte Constitucional en sentencia C- 171 de 2012, a través de catorce reglas, así:

6.2 Acerca del tema bajo estudio y de conformidad con la parte motiva y considerativa de esta sentencia, la Sala reiterará aquí las siguientes reglas jurisprudenciales en relación con la protección del derecho fundamental al trabajo y la especial protección al vínculo laboral con entidades del Estado, y por tanto, en relación con los límites planteados a la potestad de contratación de las entidades estatales cuando se trata de funciones permanentes o propias de entidades estatales:

(i) El reconocimiento y protección del derecho al trabajo como derecho fundamental por los artículos 25 y 53 de la Carta, y de los derechos de los servidores públicos por los artículos 123 y 125 Superiores.

(ii) La Constitución y la jurisprudencia constitucional protegen las diferentes modalidades de trabajo, y han reconocido una especial protección constitucional a la vinculación laboral con el Estado, ya que la Carta Política ha consagrado normas especiales orientadas a la garantía de los derechos de los servidores públicos.

(iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

(iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

(v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia,

sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

(vi) La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve importantes diferencias constitucionales entre el contrato laboral y el contrato de prestación de servicios, y ha determinado los criterios para el reconocimiento de una u otra forma de contratación, de tal manera que estas dos formas no pueden ser de ninguna manera asimilables debido a sus alcances y finalidades disímiles, ni puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para disimular u ocultar verdaderas relaciones laborales, ni para fomentar procesos de deslaborización. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha advertido sobre los graves riesgos constitucionales que implica la distorsión del contrato de prestación de servicios y su utilización fáctica indebida para reemplazar o disfrazar verdaderas relaciones laborales.

(vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

(viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

(ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

(x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

(xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

(xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de

prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo.

(xiii) Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha advertido, especialmente a las autoridades administrativas y a los empleadores del sector público, pero también a los particulares y empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales –art.25, 53, 123 y 125 Superiores-, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades públicas o privadas, ya que esta práctica desfigura el concepto de contrato, constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores, fomenta procesos de deslaboralización, incumplimiento que acarrea graves consecuencias administrativas y penales.

(xiv) En síntesis, la jurisprudencia de esta Corte ha enfatizado en (a) la protección del derecho fundamental al trabajo; (b) la protección especial de la vinculación con el Estado; (c) la garantía de los derechos laborales de los servidores públicos; (d) la regla general de vinculación laboral para el desarrollo de las funciones permanentes o propias de las entidades públicas; (e) la prohibición de contratación de prestación de servicios, cuando se trate de funciones permanentes o propias de administración; y (e) por tanto, la prohibición de utilizar figuras jurídicas constitucionales y legales para la desviación de poder en la contratación pública, el ocultamiento de verdaderas relaciones laborales o el fomento de procesos de deslaboralización.

Como el precedente judicial del H. Consejo de Estado en materia de “contrato realidad” es unánime y coincidente con el Máximo Tribunal Constitucional, al considerar que los contratos estatales, cualquiera sea su modalidad, no pueden constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales o fomentar procesos de deslaboralización, procederemos a determinar si en el presente asunto la administración del entonces HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. -hoy SUBRED INTEGRADA DE SALUD SUR E.S.E.-, utilizó dichos contratos para ocultar o simular una verdadera relación laboral.

Del caudal probatorio allegado legalmente a la actuación se desprende que entre el 2 de diciembre de 2010 y el 31 de agosto de 2017 – a pesar de lo indicado en las pretensiones de la demanda, donde se solicita el reconocimiento de la relación laboral hasta el 31 de octubre de 2017, no se encontró certificación, copia de contratos ni prueba alguna que demuestre una vinculación contractual del actor con la demandada durante septiembre y octubre de 2017-, de manera interrumpida⁴, el demandante MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA prestó sus servicios personales al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E. -hoy SUBRED INTEGRADA DE SALUD SUR E.S.E.-, mediante la suscripción de diversos contratos estatales denominados “contrato de prestación de servicios personales asistenciales y/o de los profesionales

⁴ No se encontró prueba documental de la relación contractual entre el 1 al 30 de junio de 2016.

de la salud” para realizar labores como *Médico General* a través de los contratos **4-297**, ejecutado del 2 de diciembre de 2010 al 3 de enero de 2011; **4-206**, ejecutado del 4 de enero al 31 de marzo de 2011; **4-440**, ejecutado del 1 de abril al 30 de junio de 2011; **4-665**, ejecutado del 1 de julio de 2011 al 3 de enero de 2012; **4-186**, ejecutado del 4 de enero al 30 de abril de 2012; **29**, ejecutado del 1 de mayo al 30 de junio de 2012 y prorrogado hasta el 8 de agosto de 2012; **1960**, ejecutado del 13 de agosto al 10 de octubre de 2012 y prorrogado hasta el 31 de octubre de 2012; **2551**, ejecutado del 1 de noviembre al 10 de diciembre de 2012; **3296**, ejecutado del 11 de diciembre de 2012 al 1 de enero de 2013; **O-485**, ejecutado del 2 al 31 de enero de 2013; **O-1277**, ejecutado del 1 de febrero al 30 de marzo de 2013; **O-1745**, ejecutado del 1 al 30 de abril de 2013; **O-2521**, ejecutado del 1 al 31 de mayo de 2013; **O-3108**, ejecutado del 1 de junio al 1 de julio de 2013; **O-3973**, ejecutado del 2 al 29 de julio de 2013; **O-4844**, ejecutado del 30 de julio al 31 de diciembre de 2013; **O-437**, ejecutado del 4 al 31 de enero de 2014; **O-1247**, ejecutado del 1 de febrero al 30 de abril de 2014; **O-2321**, ejecutado del 1 de mayo al 30 de julio de 2014; **contrato sin número especificado**⁵, ejecutado del 1 al 31 de agosto de 2014; **O-3849**, ejecutado del 1 al 30 de septiembre de 2014; **O-4633**, ejecutado del 2 de octubre al 30 de noviembre de 2014; **O-5460**, ejecutado del 1 de diciembre de 2014 al 4 de enero de 2015; **O-378**, ejecutado del 5 al 31 de enero de 2015; **O-1162**, ejecutado del 1 al 28 de febrero de 2015; **O-1937**, ejecutado del 1 de marzo al 30 de septiembre de 2015; **O-2937**, ejecutado del 1 de octubre de 2015 al 3 de enero de 2016; **O-340**, ejecutado del 4 de enero al 30 de abril de 2016; **A-0419**, ejecutado del 2 al 31 de mayo de 2016; **O-1085**, ejecutado del 1 de julio al 17 de agosto de 2016; **001615**, ejecutado del 18 al 31 de agosto de 2016; **002918**, ejecutado del 1 de septiembre de 2016 al 7 de enero de 2017; y **003593**, ejecutado del 8 de enero al 31 de agosto de 2017, y donde las obligaciones contractuales para las tareas del *Médico General* ⁶ señalan:

3. OBJETO A CONTRATAR:

Prestar servicios profesionales y/o de apoyo a la gestión como MEDICO GENERAL dentro de los diferentes procesos y procedimientos en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E de acuerdo a las necesidades de la institución.

3.1. OBLIGACIONES ESPECÍFICAS:

1. Ejecutar labores profesionales de medicina general en el servicio de clínicas médicas. 2. Proporcionar información de forma clara y oportuna al paciente y sus familiares. 3. realizar el examen diagnóstico y prescribir el tratamiento que debe seguirse con el paciente. 4. Prescribir y/o realizar procedimientos especiales para la

⁵ No existe copia de este contrato en el expediente administrativo, pero figura en la certificación del 1 de abril de 2016, suscrita por el Subdirector Administrativo de la entidad.

⁶ Se advierte que estas son las obligaciones consignadas en último contrato suscrito.

ayuda en el diagnóstico y/ o manejo del paciente. **5.** Realizar intervenciones de pequeña cirugía a pacientes que por su condición lo requieran. **6.** Realizar evoluciones a pacientes hospitalizados que estén bajo su cuidado. **7.** Atender en forma oportuna a pacientes que estén bajo su responsabilidad. **8.** Realizar interconsultas, remisiones, referencia y contra referencia de pacientes a otras especialidades cuando lo requieran. **9.** Diligenciar adecuadamente las historias clínicas a todos y cada uno de los pacientes atendidos. **10.** Velar que todas las órdenes médicas y los exámenes diagnosticados solicitados a los pacientes se realicen de manera oportuna y eficaz. **11.** Realizar las historias clínicas de ingreso a todos los pacientes que requiera hospitalización en el servicio así como la epicrisis. **12.** Agilizar la atención del paciente de tal manera que no permanezca en el servicio más tiempo estrictamente necesario. **13.** Informar por los conductos regulares a cualquier novedad que se presente durante la prestación del servicio. **14.** Participar en el análisis de los informes de gestión y demás controles estadísticos. **15.** Establecer y mantener las relaciones de coordinación necesaria para lograr una eficaz prestación del servicio de salud. **16.** Velar por la utilización racional de los recursos y demás bienes a su cargo. **17.** Realizar vigilancia epidemiológica en aquellas situaciones que sea factor de riesgo para la población. **18.** Participar en investigaciones de tipo aplicado tendientes a esclarecer las causas y soluciones a los problemas. **19.** Diligenciar adecuadamente toda papelería de su competencia. **20.** Realizar resúmenes de historia clínica que sean de su competencia. **21.** Asistir a las reuniones del servicio de la subdirección y/o el hospital. **22.** Realizar las demás actividades acordes con el objeto del contrato. **23.** Responder por los elementos entregados para el desempeño de sus actividades en concordancia con el inventario que para tal efecto se realice

3.2. OBLIGACIONES GENERALES:

Además de las anteriores y sin perjuicio de su autonomía el CONTRATISTA tendrá las siguientes obligaciones: **a)** Cumplir con las Leyes, Decretos, Acuerdos, Resoluciones, Circular de cualquier órgano externo o Reglamento Interno, Código o Directriz Interna de la E.S.E que tenga relación con la ejecución del objeto del presente contrato, **b)** Velar y responder por los recursos y adecuado funcionamiento de los equipos, documentos o bienes muebles entregados para la ejecución de las actividades propias del objeto del presente contrato. En caso de incurrir el **CONTRATISTA**, en extravío, pérdida, destrucción o daño no proveniente del uso normal, de bienes entregados para el desarrollo de sus actividades, el CONTRATANTE queda autorizado para deducir de los saldos pendientes a favor del **CONTRATISTA** las sumas correspondientes como pago o reposición de los mismos, **c)** Pagar sus aportes al Sistema General de Seguridad Social Integral durante la ejecución del presente contrato sobre los montos legales establecidos y dentro de los quince (15) primeros días calendarios de cada mes. El incumplimiento de esta obligación o la falsedad en la misma será causal de incumplimiento, para lo cual se dará trámite al proceso pertinente de conformidad con el manual de contratación y acciones legales a que haya lugar, **d)** cumplimiento a las guías de manejo, manuales, instructivos, protocolos, procesos y procedimientos institucionales, **e)** Responder por las glosas generadas en el desarrollo de las obligaciones del presente contrato, si a ello hubiere lugar, **f)** Realizar todas aquellas actividades necesarias tendientes al cabal cumplimiento del objeto del negocio jurídico, **g)** Obrar con lealtad y buena fe en el desarrollo y ejecución del presente Contrato, de acuerdo con la normatividad interna de la Subred, al Código del Buen Gobierno y Ética Institucional y/o Profesional, **h)** Aplicar las políticas de Calidad de la Institución y participar activamente en los Procesos de Acreditación y Sistema Integrado de Gestión que adelante la Subred. **i)** Conocer, promover y aplicar las Normas de Gestión Ambiental y residuos hospitalarios, hacer uso eficiente de los insumos puestos a su disposición, así como de los recursos de agua y energía y contribuir con el reciclaje, promoviendo de esta manera hábitos que coadyuven a evitar la contaminación y la sobreexplotación de recursos. Así mismo los planes de emergencia Institucionales y requisitos del "Subsistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo" procurando el cuidado integral de su salud, contando con los elementos de protección personal necesarios para ejecutar la actividad contratada e informando a la Subred. Sur la ocurrencia de incidentes o accidentes' durante la ejecución del contrato, **j)** Ejecutar las acciones preventivas y/o correctivas, y/o plan de mejoramiento a que haya lugar de acuerdo a las evaluaciones y

recomendaciones emitidas por los órganos externos, supervisor del contrato y/o directrices internas, **k)** Velar por el mantenimiento de la imagen institucional a través de las actuaciones individuales. El CONTRATISTA se compromete a salvaguardar la imagen institucional. Cualquier actuación o pronunciamiento alguno que hiciere sin el conocimiento y consentimiento de la E.S.E, que comprometa el buen nombre la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. o de cualquiera de sus Unidades de Prestación de Servicios de Salud, será motivo de terminación unilateral del contrato, **l)** El CONTRATISTA se compromete a cumplir con la política de seguridad de la Subred Sur y todos los lineamientos establecidos por la misma, participando activamente en las reuniones y demás actividades que le sean requeridas, en desarrollo de la gestión de los eventos adversos e incidentes que se presenten en la Institución y en los procedimientos establecidos por el Programa de Seguridad, **m)** Preparar y presentar los informes, solicitudes, peticiones y/o respuestas, requeridas por las entidades públicas o privadas; dentro de los términos de Ley garantizando la veracidad de los mismos, **n)** Asistir y aprobar los procesos de actualización, presenciales y virtuales, programadas por el CONTRATANTE y por las entidades autorizadas por éste, con el fin de contribuir al desarrollo de las actividades y obligaciones contractuales, **o)** En caso de ser designado supervisor de un contrato, realizar las gestiones necesarias tendientes al cabal cumplimiento técnico, administrativo y financiero del negocio jurídico encomendado, respondiendo fiscal, disciplinaria y penalmente por el manejo de los recursos y actividades que ello conlleve, **p)** El CONTRATISTA en tiempos de crisis/cuando exista una necesidad fundamental en el marco de situaciones de emergencias donde tenga que intervenir el sector salud, debe garantizar la atención médica y apoyo a la misma al ser consecuencia lógica de la misión médica, **r)** Desarrollar las demás actividades relacionadas con el objeto contractual que le sean asignadas por el supervisor o por el CONTRATANTE.

Que las declaraciones rendidas por GUSTAVO ANDRÉS ROMERO CUERVO, JORGE ELIECER SÁNCHEZ DÍAZ y EDILMA RODRÍGUEZ ORDOÑEZ son unánimes en afirmar que para el tiempo que trabajaron en el Hospital conocieron a MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA, quien se desempeñó como *Médico General* del área de urgencias adultos del HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., que fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, cumpliendo con un horario de trabajo de 7 de la mañana a 1 de la tarde y cada cuarta o quinta noche un turno nocturno que iba de 7 de la noche a 7 de la mañana, del cual se llevaba registro y era impuesto por los coordinadores de urgencias del Hospital según los cuadros de rotación. Que su labor de *Médico General* la desempeñaba de manera personal y con los elementos que le proveía el mismo hospital en el área que le fuera encomendada por su jefe inmediato (triage, evolución, sala de reanimación u observación) y, además, que de lo que le pagaba mensualmente la entidad, como cualquier contratista, debía pagar salud, pensión y riesgos laborales, y que no se le reconocieron prestaciones sociales.

Que en el HOSPITAL MEISSEN también se encontraba vinculado personal de planta ejerciendo el mismo cargo que el demandante, quien desarrollaba las mismas funciones que los contratistas, pero con evidentes diferencias salariales y

prestacionales menos favorables para estos últimos. Que los horarios eran controlados por los superiores mediante la entrega y recibo de cada turno, que no se podían retirar del servicio durante la jornada asignada y que, en caso de necesitar un permiso o cambio de turno, además de contar con el aval del coordinador de urgencias, debía conseguir alguien que lo reemplazara de entre los demás contratistas, para efectos de no afectar la prestación del servicio, so pena de llamados de atención.

Así mismo, indicaron los testigos que el demandante durante un periodo de tiempo fue nombrado como coordinador del área de urgencias, donde le impartía órdenes al personal a su cargo (demás médicos y enfermeras), información que fue corroborada por el actor en el interrogatorio de parte recaudado, donde también informó que, además de los turnos prestados en el HOSPITAL DE MEISSEN, de manera simultánea realizaba turnos en el HOSPITAL VISTA HERMOSA. Indicó además que también fue vinculado a la planta de personal de MEISSEN en el que cumplía un horario de 22 horas semanales, momento a partir del cual finalizó su vinculación con VISTA HERMOSA a causa de cruce de horarios; finalmente, señaló que también fue vinculado por medio de contratos de prestación de servicios en el área jurídica de la entidad.

Así, analizado el haz probatorio de manera conjunta, a la luz de los principios que rigen la sana crítica, se colige que la vinculación del actor al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL E.S.E., para que cumpliera labores de *Médico General* fue **personal, subordinada, remunerada y permanente**, motivo por el cual los contratos estatales *ut supra* simulan una verdadera relación laboral toda vez que las actividades que debía cumplir corresponden a funciones propias y permanentes de la entidad, se pueden realizar con personal de planta, no requieren de conocimientos especializados, eran prestadas de manera personal en un estricto horario de trabajo impuesto por las directivas de la entidad, sin independencia y autonomía para su ejecución porque le impartían órdenes, era vigilada y controlada por sus jefes inmediatos, no fue temporal porque se prolongó por más de siete (7) años, y donde la demandada le suministraba los elementos de trabajo para cumplir con su labor, entre otros aspectos.

Siendo la labor de *Médico General* inherente al objeto social de la ESE y, por ende, de carácter permanente (no se puede dejar de realizar), y no habiendo explicado el

ente demandado por qué la labor desplegada por el actor no se puede realizar con personal de planta, máxime cuando dicha función es equiparable con las desempeñadas por personal de planta de la entidad como consta en el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la entidad (Resoluciones 144 del 6 de octubre de 2010, 012 del 20 de enero de 2012, 169 del 3 de julio de 2015 y Acuerdo 013 de 2017), más exactamente con las del cargo denominado *Médico General Código 211 Grado 11*⁷ o su equivalente, quien tiene a su cargo la prestación del servicio de asistencia médica en el área asignada, consulta, valoración, procedimientos y demás relacionadas; por tanto, se concluye que esta no debe ser cumplida a través de contratos estatales, so pena de desconocerse los derechos salariales y prestacionales de los vinculados mediante esta modalidad de acuerdo con el precedente judicial ampliamente citado.

De modo que, no se comparten los planteamientos esgrimidos por la demandada en la contestación de la demanda, al exponer que los contratos de prestación de servicios fueron celebrados conforme las facultades que tiene la administración y acorde a la ley, cuando lo que se evidencia es que la administración está distorsionando y abusando de esta clase de contratos para evadir la obligación de ampliar la planta de personal mediante la vinculación numerosa y permanente de personas a través de contratos de prestación de servicios; es decir, convirtió la excepción en la regla y, por ende, evade la responsabilidad de defender y fortalecer la carrera administrativa y el mérito como mecanismo para ingresar y permanecer en el cargo de un lado y, por otro, con ese mecanismo dispensar un trato discriminatorio o desigual entre contratistas y los empleados de planta en materia de remuneración de sus servicios – pues los contratistas, como en este caso, deben cumplir iguales o superiores tareas que los de planta-, máxime cuando al examinar la ejecución de los mismos se verifica que estos ocultan o simulan una verdadera relación laboral dado que no se trata del cumplimiento de unas funciones transitorias que requieran conocimientos especializados que no pueden ser realizadas por personal de planta.

Lo expuesto son argumentos suficientes para concluir que, **en principio**, en el *sub judice* se ha desconocido el precedente constitucional y contencioso administrativo citado, que recomienda para estos casos, en aras de hacer prevalecer los principios de la administración pública, la creación de los cargos, máxime cuando no resulta

⁷ Grado 08 en el antiguo HOSPITAL MEISSEN.

razonable hablar de una actividad temporal de más de siete (7) años, como lo advierte la H. Corte Constitucional en las sentencias C- 614 de 2009 y C - 171 de 2012, **sin embargo**, dicha situación se verá afectada por la simultaneidad en la celebración de los contratos de prestación de servicios como se expondrá más adelante.

- **De la excepción de cosa juzgada.**

Ahora, como quiera que la entidad demandada propuso la excepción previa de cosa juzgada a causa de existir sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca -Sección Segunda- Subsección A, dentro del proceso 25000 23 42 000 **2014 02816 00**, en la que se declaró la nulidad del **Oficio T01S-2378 del 15 de octubre de 2013** -mediante el cual se negó al demandante el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y salariales derivadas de una relación laboral-, se declaró la existencia de un contrato realidad entre el actor y el **HOSPITAL VISTA HERMOSA I NIVEL ESE, entre el 17 de julio de 2009 al 31 de agosto de 2013** con el consecuente pago de las prestaciones sociales que se le adeudaban, entre otras; cuya copia fue finalmente aportada durante la audiencia de pruebas celebrada el 5 de marzo de 2020.

Al respecto dirá el despacho que la excepción propuesta no está llamada a prosperar por cuanto no existe identidad de objeto, identidad de causa, ni identidad jurídica de las partes⁸, pues en el presente evento se está persiguiendo la nulidad del **oficio OJU-E-2531-2018 del 5 de septiembre de 2018**, por medio del cual la **SUBRED INTEGRADA DE SALUD SUR E.S.E.** negó al demandante la existencia de una relación laboral y el consecuente reconocimiento y pago de las acreencias laborales y prestacionales en virtud de sus servicios prestados como médico en el **HOSPITAL MEISSEN II NIVEL, entre el 3 de diciembre de 2010 hasta el 31 de octubre de 2017**, bajo la figura de contratos de prestación de servicios; por lo que se observa que en ambos procesos se atacan actos administrativos disimiles, se persiguen diferentes fines, y cuya única característica en común es la declaratoria de una relación laboral, pero por servicios prestados en diferentes entidades de salud durante tiempos distintos.

- **De las vinculaciones simultaneas.**

⁸ Artículo 303 del C.G.P.

Por otro lado, analizados los medios probatorios aportados al expediente, tales como las declaraciones rendidas en la audiencia de pruebas, la copia de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 15 de julio de 2017 dentro del radicado 2014-02816 y, en especial, el expediente administrativo del demandante, se advierte que mientras se encontraba al servicio del HOSPITAL MEISSEN como contratista, el actor presento varias **vinculaciones simultaneas con Empresas Sociales del Estado**, tanto a través de órdenes de prestación de servicios, como mediante vinculación legal y reglamentaria, desempeñando siempre el cargo de Médico General, como a continuación se precisa:

En el HOSPITAL VISTA HERMOSA el actor estuvo vinculado mediante contrato de prestación de servicios entre el 17 de julio de 2009 hasta el 31 de agosto de 2013, prestando sus servicios en un horario de 7 de la mañana a 1 de la tarde durante cuatro días y al quinto día de 7 de la mañana a 7 de la noche.

También en el HOSPITAL VISTA HERMOSA, se vinculó a la planta global de personal en el cargo de Médico General código 211, grado 08 desde el 21 de septiembre de 2011 hasta el 15 de marzo de 2013.

En el HOSPITAL USME, el demandante suscribió los contratos de prestación de servicios **3042 de 2013**, ejecutado del 1 de noviembre hasta el 31 de diciembre de 2013 y prorrogado hasta el 31 de enero de 2014; y **0100 de 2014**, ejecutado del 4 de febrero al 30 de junio de 2014 y prorrogado mensualmente hasta el 31 de octubre de 2014. Así mismo, de manera coetánea suscribió el contrato de prestación de servicios **0101 de 2014**, ejecutado del 4 de febrero al 30 de junio de 2014 y prorrogado mensualmente hasta el 31 de octubre de 2014; es decir, prestó sus servicios en el mismo hospital en virtud de dos contratos por el mismo tiempo, valor, horas de servicio (90 horas mensuales cada uno) y para ejercer las mismas funciones, cuyos pagos diferían ligeramente en algunos meses, al parecer a causa de las horas efectivamente trabajadas.

Finalmente, en el HOSPITAL MEISSEN, además de estar vinculado mediante contrato de prestación de servicios entre el 2 de diciembre de 2010 y el 31 de octubre de 2017, el demandante también estuvo vinculado a la planta de personal desde el 19 de marzo de 2014 en el cargo de Médico General código 211, grado 08 –posteriormente grado 11-, según la Resolución 064 del 18 de marzo de 2014, y hasta el 31 de diciembre de

2017, cuando le fue aceptada su renuncia mediante la Resolución 1668 del 26 de diciembre de 2017, y donde al parecer prestaba sus servicios durante medio tiempo, es decir, 4 horas diarias -22 semanales-, según se desprende del testimonio rendido por el actor.

Al respecto se dirá que, con base en lo señalado en el artículo 128 constitucional, según el cual *“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”*, el cual fue desarrollado por el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, donde dispuso que:

ARTÍCULO 19. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptuánse las siguientes asignaciones:

(...)

e) Los **honorarios** percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;

(...)

PARÁGRAFO. No se podrán recibir **honorarios** que sumados correspondan a más de ocho (8) horas diarias de trabajo a varias entidades.

Así mismo, la Ley 269 de 1996⁹ en su artículo 2 dispuso que:

ARTÍCULO 2. GARANTÍA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD. Corresponde al Estado garantizar la atención en salud como un servicio público esencial, y en tal carácter el acceso permanente de todas las personas a dicho servicio, razón por la cual el personal asistencial que preste directamente servicios de salud podrá desempeñar más de **un empleo** en entidades de derecho público.

La jornada de trabajo del personal que cumple funciones de carácter asistencial en las entidades prestadoras de servicios de salud podrá ser máximo de doce horas diarias **sin que en la semana exceda de 66 horas**, cualquiera sea la modalidad de su vinculación.

Por su parte, la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 206 de 2003¹⁰, donde analizó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de la norma citada

⁹ “Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público”

¹⁰ Expediente D-4227, sentencia del 11 de marzo de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett

en cuanto al límite de 66 horas semanales de trabajo para el personal que cumple funciones asistenciales en las entidades prestadoras de salud, consideró que:

Esta disposición flexibiliza entonces las condiciones laborales del personal asistencial que presta servicios de salud en las entidades de derecho público, al permitir más de una vinculación con el sector oficial, mientras no exista cruce de horarios, a fin de garantizar el acceso permanente al servicio público de salud. Así fue expresado en los antecedentes legislativos de la Ley 269 de 1996. En la Gaceta del Congreso No. 170 del jueves 6 de octubre de 1994 que contiene la exposición de motivos del proyecto que culminó con esta ley, el ministro que presentó el proyecto afirmó la necesidad de esta normativa, en los siguientes términos:

“Las entidades hospitalarias han organizado la vinculación del personal para el cubrimiento del servicio mediante el sistema de turnos o tiempos parciales, inclusive hora mes, lo que conlleva las varias vinculaciones laborales a diferentes instituciones o a las mismas, ya sea por contrato de prestación de servicios, ya sea por nombramiento. Era necesario autorizar que recibieran honorarios provenientes del tesoro público, si las actividades son realizadas en horarios distintos a los previstos para el desempeño de los empleos en entidades estatales”.

En tal contexto, el legislador impuso un límite de horas a fin de proteger a los empleados del sector salud para que su doble vinculación no significara una jornada laboral que pudiese arriesgar su salud o la de los pacientes. Siendo claro el ámbito de regulación que el título plantea, el texto no ofrece dudas sobre el alcance de las normas que contiene la ley y los trabajadores a los que se aplican sus regulaciones, incluyendo obviamente el inciso acusado.

De lo anterior se colige que el personal asistencial que preste directamente servicios de salud puede desempeñar más de un empleo en entidades de derecho público **siempre y cuando no se le crucen los horarios, ni la jornada supere las doce horas diarias o en la semana no se exceda de 66 horas** sin importar cuál fuera la modalidad de la vinculación a las E.S.E.s; por lo tanto, se analizará la cantidad horas semanales que laboraba el demandante a través de sus diferentes vinculaciones durante el tiempo en que estuvo prestando sus servicios en el HOSPITAL MEISSEN mediante OPS.

Así, el actor desde su ingreso al HOSPITAL MEISSEN el **2 de diciembre de 2010 y hasta el 31 de agosto de 2013**, en razón a sus vínculos contractuales con la mencionada entidad y con el HOSPITAL VISTA HERMOSA, acorde con las planillas de turnos y lo manifestado en su declaración, el actor desempeñaba sus funciones por aproximadamente 360 horas al mes¹¹ -180 horas mensuales cada contrato-, para un promedio de **90 horas semanales**; lo anterior, sin contar que entre el **21 de septiembre de 2011 al 15 de marzo de 2013**, estuvo vinculado a la planta global de

¹¹ Sin embargo se observan meses de hasta 204 horas de trabajo solamente en MEISSEN.

la entidad, y que a pesar de que no obra prueba en el expediente de las horas laboradas en virtud de tal relación legal, en todo caso esta aumentaría bien sean 22 o 44 horas semanales¹² de trabajo adicionales durante el periodo que duraron las **tres vinculaciones simultaneas**, para un total de **112 o 144 horas laboradas a la semana**.

Además, a pesar de que la parte actora no narró todas las vinculaciones que tuvo MUÑOZ MOSQUERA con las instituciones hospitalarias ni fue claro ni preciso en su interrogatorio, entre el **1 de noviembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2014**, el actor además de su vínculo con el HOSPITAL MEISSEN, también suscribió un contrato por prestación de servicios con el HOSPITAL USME por 90 horas mensuales; es decir, 240 horas al mes para un promedio de **67.5 horas semanales**.

Así mismo, a partir del **4 de febrero hasta el 31 de octubre de 2014**, el actor continuo suscribiendo contratos por prestación de servicios con USME por 180 horas al mes (dos contratos por 90 horas mensuales cada uno); es decir, 360 horas al mes para un promedio de **90 horas semanales**. También, se debe tener en cuenta que desde el **19 de marzo de 2014**, tomó posesión del cargo de *Médico General* de planta por medio tiempo en el HOSPITAL MEISSEN, aumentando su carga laboral en 90 horas mensuales, es decir, **112 horas de trabajo a la semana hasta el 31 de octubre de 2014** cuando finalizó su vínculo con USME.

Finalmente, a partir del **1 de noviembre de 2014 y hasta el 31 de agosto de 2017**, cuando finalizó la vinculación mediante contrato de prestación de servicios *sub lite*, el demandante laboró un promedio de **66 horas a la semana** en virtud a su doble vinculación –planta medio tiempo y OPS-.

Así las cosas, si bien la concurrencia de varias vinculaciones con la misma -o diferentes- E.S.E. de manera coetánea, en principio no constituye óbice para negar los derechos laborales y prestacionales del demandante a causa de la relación laboral pretendida, no es menos que la jornada laboral desempeñada por el demandante con anterioridad al **1 de noviembre de 2014**, no respeta los topes máximos de horas trabajadas, como quiera que excede en gran medida el límite de tiempo de servicio permitido; razón por el cual no es viable jurídicamente reconocer una relación de

¹² Dependiendo de si su vinculación fue por medio tiempo o tiempo completo.

trabajo para las fechas en las cuales estuvo vinculado con otras Empresas Sociales del Estado entre el **2 de diciembre de 2010 al 31 de octubre de 2014**, por cuanto se estaría patrocinando la violación de la normatividad citada, máxime cuando según la interpretación efectuada por la H. Corte Constitucional en la sentencia C- 206 de 2003, la entidad demandada no veló porque el demandante durante el tiempo en que presentó múltiples vinculaciones llegara al lugar de trabajo en condiciones óptimas a prestar el servicio, que son las razones de la restricción legal; ni verificaba la manera como este realizaba los aportes para pensión, salud y riesgos laborales, dado que celebró en el mencionado periodo contratos simultáneos con dos o más E.S.E.s, entre otras circunstancias.

En consecuencia, a pesar de que la relación contractual del actor con el HOSPITAL MEISSEN inició el 2 de diciembre de 2010, ante la prohibición legal y constitucional en que incurrió por trabajar en exceso de las horas permitidas y muy posiblemente con cruce de horarios, por cuanto no es dable pretender que en una semana que consta de 168 horas se haya llegado a laborar hasta 112 o 145 horas, lo que no le permitiría suplir sus necesidades básicas de descanso, alimentación, recreación y desplazamientos entre una y otra ESE, por lo que en la presente sentencia **únicamente** se reconocerán los efectos salariales y prestacionales del demandante entre el **1 de noviembre de 2014 y hasta el 31 de agosto de 2017**.

- **De los efectos de la declaratoria de existencia del contrato real.**

En sentencia unificadora del 25 de agosto de 2016¹³ la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, ante las diferencias de criterios que existían entre las salas A y B sobre los efectos de la declaratoria de la existencia del contrato realidad, se expuso:

“...Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que sí lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales que el

¹³ Radicación 23001233300020130026001 (0088-2015). MP Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, Actor, Lucinda María Cordero Causil.

contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efectos de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

Pero lo anterior no es óbice para la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA *“Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño”*, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorio que el sistema normativo prevé. “

Así, teniendo en cuenta la sentencia de unificación de nuestro máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, los efectos de la declaración del contrato realidad serán a título de **restablecimiento del derecho** por considerar que es la que se ajusta a la naturaleza de la acción enervada y los valores, principios, directrices, derechos constitucionales y legales desarrollados por el precedente judicial constitucional citado, haciendo la precisión de que en esta oportunidad lo que se debe reconocer y pagar a la demandante es la diferencia que surge **entre lo que debe devengar por concepto de factores salariales¹⁴ y prestacionales¹⁵** un *Médico General código 211, grado 11* par de planta o un equivalente de la SUB RED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y lo pagado al actor entre el 1 de noviembre de 2014 hasta el 31 de agosto de 2017, por el tiempo de duración de los contratos suscritos, a fin de preservar el derecho a la igualdad entre unos y otros, y de paso ajustar lo indicado en el precedente judicial contencioso.

¹⁴ Según los factores salariales que el Gobierno Nacional haya establecido año por año mediante decreto en cumplimiento de las Leyes 4 de 1992 y 269 de 1996, y el Decreto 439 de 1995, entre otros, sin incluir factores creados o modificados por el ente territorial por carecer de competencia para ello, y que la actora acredite los requisitos para tener derecho.

¹⁵ Por concepto de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses de cesantías.

En todo caso, al tener la presente sentencia carácter constitutivo, se advierte que no es posible reconocer sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías, o por el no pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, porque es a partir de la presente decisión que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado. Tampoco habrá lugar a reconocer perjuicios morales por no haberse probado que se hubiesen causado.

No se ordenará reconocer al demandante factor extralegal o convencional alguno toda vez que, además de no haberse precisado su existencia y vigencia, no se expuso su fundamento constitucional o legal, máxime cuando no se le está reconociendo la calidad de trabajadora oficial o empleada pública sino declarando la existencia de una relación laboral con unas consecuencias específicas.

En consecuencia, se declarará la nulidad parcial del acto acusado y, por ende, la existencia de la relación laboral entre MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. – UNIDAD PRESTADORA DE SERVICIOS MEISSEN- y, a título de restablecimiento, se ordenará reconocer y pagar al demandante las diferencias que surjan entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un empleado *Médico General código 211, grado 11* par de planta o su equivalente de la entidad entre el **1 de noviembre de 2014 al 31 de agosto de 2017**, según la duración de los contratos suscritos por el demandante y las sumas percibidas con ocasión de los mismos.

La entidad demandada deberá asumir lo que le corresponda en materia de aportes para pensión, salud y riesgos laborales, durante el periodo que duró la relación *sub lite* según el ingreso base de cotización y liquidación, razón por el cual debe actuar en consecuencia ante los correspondientes entes de previsión. No obstante la demandada deberá realizar las compensaciones o descuentos, debidamente indexados, a que haya lugar al momento de pagar las sumas ordenadas por concepto de aportes que el demandante deba hacer por ley. En el evento en que los aportes para salud y pensión realizados por el actor hayan sido superiores, le reconocerá y pagará las respectivas diferencias. No se ordena devolución alguna por concepto de caja de compensación por no haber el demandante acreditado pago alguno por dicho aspecto y estar a cargo exclusivo del empleador.

- **De la prescripción.**

Se acoge la tesis de que la reclamación en sede administrativa se debe presentar dentro de los tres (3) años siguientes a la finalización del último vínculo contractual, so pena de que opere el fenómeno de la prescripción; no obstante, como en el presente evento el demandante el 17 de agosto de 2018 reclamó ante la demandada el reconocimiento de la existencia de la relación laboral dentro de los tres años siguientes a la finalización de su último contrato (31 de agosto de 2017), de conformidad con el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, ante el carácter constitutivo del derecho a partir la presente sentencia, y lo señalado por la Sección Segunda del H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016 citada, no se declarará la prescripción de pago alguno sobre el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2014 –momento en el cual cesaron las vinculaciones simultaneas con otras entidades de salud de derecho público desconociendo el límite de las 66 horas semanales- y el 31 de agosto de 2017.

En todo caso, si bien no se encontró prueba de vinculación contractual del actor con el HOSPITAL MEISSEN durante junio de 2016, esta presunta interrupción no se tendrá en cuenta, como quiera que ocurrió dentro de los tres años anteriores al momento en el que se elevó la citada reclamación administrativa.

Por ende, se ordenará que las diferencias que surjan entre lo pagado por concepto de los contratos referidos y lo aquí ordenado sean pagadas al actor, debidamente indexadas, por la entidad en los términos del artículo 187 del C.P.A.C.A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la actora desde la fecha en que se causó el derecho, 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 esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes.

Igualmente, la demandada deberá dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A., siempre que se estructuren los supuestos fácticos allí establecidos.

- **De las costas.**

Como el apoderado de la parte actora manifestó su interés en probar las costas en que incurrió la parte actora, de conformidad con el artículo 188 del C.P.A.C.A, se condenará en costas a la parte vencida toda vez que dicha disposición contiene un imperativo categórico, no establece excepciones a favor de los entes públicos, y a la fecha no ha sido declarada inconstitucional o condicionada su interpretación; en consecuencia, desde ya se fijan como agencias en derecho el equivalente al 4% de las pretensiones reconocidas en la presente sentencia. Por Secretaría, se liquidarán las demás costas o expensas de acuerdo con lo probado por la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Treinta Administrativo Oral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. – Sección Segunda**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Denegar la excepción de cosa juzgada, propuesta por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., acorde con lo expuesto.

Segundo.- Declarar la nulidad parcial del acto administrativo contenido en el oficio OJU-E-2531-2018 del 5 de septiembre de 2018, proferido por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., mediante el cual se negó a MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA, el reconocimiento de los derechos laborales y prestacionales derivados de la relación que existió entre las partes, de conformidad con lo expuesto.

Tercero.- Declarar la existencia de una relación laboral entre la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA, durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2014 al 31 de agosto de 2017, de conformidad con lo expuesto.

Cuarto.- Ordenar, a título de restablecimiento del derecho, a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., reconocer y pagar a MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA, identificado con C.C. 10.544.990, las diferencias que surjan entre lo devengado por concepto de salarios y prestaciones por un empleado *Médico General código 211, grado 11* par de planta o su equivalente de la entidad entre el 1 de noviembre de 2014 al 31 de agosto de 2017, según la duración de los contratos suscritos por el demandante –observando las interrupciones y/o suspensiones- y las sumas percibidas con ocasión de los mismos, acorde con lo probado y expuesto.

Quinto.- Ordenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., asumir y realizar los respectivos aportes, en la proporción que le corresponda, por concepto de salud, pensión y riesgos laborales en los entes de previsión que el actor haya estado afiliado entre el 1 de noviembre de 2014 al 31 de agosto de 2017, acorde con lo expuesto.

Sexto.- Ordenar a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. realizar los descuentos que por concepto de aportes para seguridad social deba efectuar MARTÍN EDUARDO MUÑOZ MOSQUERA, entre el 1 de noviembre de 2014 al 31 de agosto de 2017, según el ingreso base de cotización y liquidación, o pagarle a este las diferencias que por este concepto resulten a su favor, de conformidad con lo expuesto.

Séptimo.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, pagar a la actora las sumas dinerarias que surjan de lo aquí ordenado debidamente indexadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso final del artículo 187 del C.P.A.C.A. y de acuerdo con la fórmula expuesta en la parte considerativa.

Octavo.- Ordenar a la demandada, o quien haga sus veces, dar aplicación a lo ordenado en el inciso 3 del artículo 192 y el inciso 4 del artículo 195 del C.P.A.C.A.

Noveno.- Condenar en costas a la entidad demandada para el cual se fija como agencias en derecho el equivalente al 4% de las pretensiones reconocidas. Por Secretaría, liquídense las demás costas o expensas de acuerdo con lo probado por la parte actora.

Décimo.- Denegar las demás súplicas de la demanda.

Undécimo.- Ejecutoriada esta sentencia, por Secretaría del Juzgado, remítase a la demandada para su cumplimiento como lo indican los incisos finales de los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A., expídase copia auténtica de la sentencia con constancia de ejecutoria de la presente providencia y del poder a las partes con los fines legales pertinentes. Devuélvase a la parte demandante el remanente de los gastos del proceso, si lo hubiere y, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGÜELLO
Juez

EGMZ

Firmado Por:

OSCAR DOMINGO QUINTERO ARGUELLO
JUEZ
JUEZ - ORAL 030 DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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: **44539d8b0b3019d51d69c18a67834880a198c026bdd153be4eb2c081a680d830**
Documento generado en 27/08/2020 06:13:12 p.m.