

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO  
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
SECCIÓN SEGUNDA

---

Bogotá D.C., seis (6) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**  
Demandante : **EDWIN MAURICIO GAMBA RODRÍGUEZ**  
Demandado : **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E**  
Radicación : **11001334204720200019200**  
Asunto : **Contrato realidad**

Como toda la actuación de la referencia se ha efectuado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual el **Juzgado Cuarenta y Siete Administrativo del Circuito de Bogotá**, en ejercicio legal de la Función Pública de administrar justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente.

**SENTENCIA**

**1.- ANTECEDENTES**

**1.1.- DEMANDA:**

**1.1.1 ASUNTO A DECIDIR Y COMPETENCIA**

Con fundamento en los artículos 187 y 189 del CPACA, procede el Despacho a decidir en primera instancia, el medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulada por el artículo 138 ibidem, promovida por el señor **EDWIN MAURICIO GAMBA RODRÍGUEZ**, actuando mediante apoderado judicial contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E**

**1.1.2 PRETENSIONES**

Que se declare la nulidad del acto administrativo proferido por la Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E contenido en el Oficio 20192100217111 del 27 de diciembre de 2019, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales en el periodo del **16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018**, al señor Edwin Mauricio Gamba Rodríguez quién laboró como contratista en calidad de Terapeuta Respiratorio.

Que como consecuencia de la anterior y a título de restablecimiento del derecho, solicita el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y demás prestaciones sociales a que tienen derecho un terapeuta respiratorio dentro de la planta hospitalaria, incluyendo todos los emolumentos de carácter salarial, prestacional y los incentivos como la prima técnica profesional, la prima de antigüedad, prima de vacaciones, indemnización por vacaciones, bonificación especial por recreación, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, reconocimiento por permanencia en el cargo, cesantías e interés a las cesantías, a título de indemnización el pago de las vacaciones por el tiempo laborado, reembolso que realizó el actor a las aseguradoras de riesgos laborales, aportes a pensión y salud, incluyendo los tiempos de cotización a pensión y las Cajas de Compensación familiar, sanción mora contenida en la ley 224 de 1995 sumas debidamente indexadas en los términos del artículo 187 y 192 del C.P.A.C.A., con la condena en costas a la entidad accionada.

### **1.1.3. HECHOS<sup>1</sup>**

#### **1.1.3.1. Hechos Relevantes.**

Los principales hechos se resumen así:

1. El accionante fue contratado por el antiguo Hospital de Kennedy III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios Sur Occidente E.S.E como TERAPEUTA RESPIRATORIO en el área de rehabilitación, ejerciendo actividades como participar activamente en la atención de pacientes críticos en las unidades de cuidado intensivo, hospitalización y urgencias, brindando la atención oportuna en evaluación y tratamiento fisioterapéutico, asistencia ventilatoria, lectura e interpretación radiografía de tórax, analizando y modificando los parámetros de asistencia ventilatoria, con valoración del

---

<sup>1</sup> Ver expediente digital "01DemandaSubsanacionAdmite" hoja 1-6.

paciente el equipo de oxigenoterapia, participando en el 90% de las reuniones de terapia respiratoria, protocolos y procedimientos de terapia respiratoria, presentación del 100% de los exámenes de los protocolos, elaborando registros clínicos y estadísticos (diario, mensual, trimestral, semestral y anual), con participación activa en el traslado de pacientes críticos, toma y procesamiento de análisis de los gases sanguíneos que le sean solicitados, entre otras funciones, todas de carácter misional.

2. El periodo de contratación del actor fue del 16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018, ejecutado bajo el estricto cumplimiento de órdenes, de forma personal y subordinada, con pago mensual en contra prestación del servicio. Utilizando para ello las herramientas suministradas por la entidad accionada.
3. Las actividades contratadas fueron ejecutadas en un horario impuesto por la entidad de 7:00 a.m. a 1:00 p.m., de 1: 00 p.m. a 7:00 p.m. de lunes a viernes, turno rotativo interdiario y un fin de semana sábado y domingo de 7 a.m. a 7 p.m., sin disfrute de vacaciones, en tiempo o en dinero.
4. Durante el desarrollo de la ejecución contractual, al demandante se le reconoció por sus servicios las cantidades pactadas en los contratos, de manera mensual, previa exigencia de contar con póliza de cumplimiento, afiliaciones al Sistema de Seguridad Social y el pago al día.
5. Dentro de la planta de personal de la entidad existían empleados con vinculación legal y reglamentaria que hacían las mismas funciones que el señor Gamba Rodríguez en el mismo horario de trabajo, bajo el estricto cumplimiento de protocolos y reglamentos establecidos por el Hospital, presentado informes de las actividades realizadas, sin que, en atención a su condición de contratista, a este se le reconocieran las mismas prestaciones legales y extralegales.
6. El día 6 de diciembre de 2019 el accionante elevó solicitud de reconocimiento y pago las prestaciones, teniendo en cuenta la configuración de un contrato realidad bajo el consecutivo 2019-422-025415-2.

7. La jefe de la Oficina Jurídica de la entidad, denegó el requerimiento anterior a través de Oficio 20192100217111 del 27 de diciembre de 2019, puesto en conocimiento de la parte actora el día 31 de diciembre de 2019.

#### **1.1.4. Normas Violadas**

##### **Fundamentos de derecho.**

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

##### **De orden Constitucional:**

Artículos 1,6,13,25,53.

##### **De orden Legal:**

- Artículos 2,7 del Decreto 2400 de 1968, artículos 2,6,7 del Decreto 1950 de 1973, artículos 32 y 81 de la ley 80 de 1993, artículos 8,11 del decreto 3135 de 1968, artículo 43,51 del Decreto 1848 de 1969, ley 1437 de 2011, artículos 5,8,16,21,24,32,34,40,45,46 del Decreto 1045 de 1968, Decreto 1919 de 2002.

## **II. POSICIÓN DE LAS PARTES**

### **2.1 Demandante:**

La posición de la parte demandante se extrae del acápite de la demanda, contenido en libelo introductorio de la acción “*NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN*”<sup>2</sup> así:

El apoderado libelista manifiesta que el derecho fundamental al trabajo debe ser protegido por el Estado en virtud de lo anterior, el hecho que el antiguo Hospital de Kennedy III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente no reconozca la prestaciones sociales en cabeza del demandante vulnera las normas constitucionales plasmadas en los artículos 1,6,13,25,53, ya que los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, fueron utilizados para encubrir una relación de carácter laboral, debiendo dar aplicación a lo plasmado en el artículo 53 de la C.P

---

<sup>2</sup> Ver expediente digital “01Demanda” hoja 7-16 del PDF.

De otra parte, se consideran violentados el Decreto 2400 de 1968 y el 1950 de 1973, pues el demandante al ejercer actividades de un funcionario público, no percibió puntualmente la remuneración ni prestaciones que le correspondían, pues estas garantizaban la prestación de un servicio misional y permanente dentro del Hospital.

Es así, que los contratos ejecutados por el señor Gamba Rodríguez no se ajustaban a los presupuestos regulados en la ley 80 de 1993, pues las actividades desarrolladas correspondían al giro ordinario de la entidad, bajo el estricto cumplimiento de órdenes durante 9 años y 15 días, quebrantando las normas estipuladas en el Decreto 3135 de 1968, 1848 de 1968, 1045 de 1978 y Decreto 1919 de 2002.

Se hace referencia a la sentencia emitida por el Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B", dentro del proceso 730012331000200003449-01, el día 19 de febrero de 2009, a través de la cual se analizan las diferencias entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, este último debe ser autónomo y excepcional so pena de dar aplicación al artículo 53 de la Constitución Política.

Igualmente, se precisa el deber de demostrar la presencia de subordinación y dependencia, situación que se configura para el demandante como terapeuta respiratorio.

Se explica a partir de la sentencia unificación del 25 de agosto de 2016 CE-SUJ2-16, que una vez declarada la existencia del contrato realidad, esto da lugar al reconocimiento de prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales.

Para el extremo demandante, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la realidad sobre la forma, pues es a partir de la sentencia que se constituye el derecho en cabeza del contratista para reclamar ante las autoridades administrativas y su exigibilidad desde su ejecutoria, citando sentencia del Consejo de Estado del día 19 de febrero de 2009 bajo el radicado 730012331000202223449-01.

## **2.2. Demandada:**

La posición de la demandada, se encuentra establecida en la contestación presentada en término el 26 de febrero de 2021 "*Fundamentos Jurídicos de la Contestación*", oponiéndose a las pretensiones incoadas, como quiera que el contratista suscribió de forma libre y voluntaria el contrato de prestación de

servicios, desarrollado de manera autónoma, independiente y sin subordinación, considerándose que la reclamación de prestaciones sociales realizada, 3 años después de haberse dado por terminada la relación contractual deja en evidencia la mala fe del actor.

Se afirma, que teniendo en cuenta la naturaleza de las E.S.E resulta necesario garantizar el cumplimiento de actividades dentro de aquella, a través del contrato de prestación de servicios, al ser insuficiente el personal de planta dentro de la entidad, de conformidad con lo regulado en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 y bajo los presupuestos analizados por la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, servicio asociado al interés general como se relaciona en la C-713 de 2009.

Con relación al cumplimiento de horario e instrucciones durante la prestación del servicio contratado, se asegura que dichas directrices no son excluyentes dentro de las características de los contratos de prestación de servicios, como se analizó por el Consejo de Estado, Sala Plena, adoptada el 18 de noviembre de 2003, radicación 0039, Consejero Ponente Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que se rechazó el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, al evidenciarse la mera coordinación de actividades.

### III. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue asignada por reparto a esta sede judicial el 12 de agosto de 2020, siendo admitida mediante auto del 2 de octubre de 2020<sup>3</sup>; demanda notificada a las partes por secretaría el 17 de noviembre de 2020.

Vencido el término del traslado, la entidad accionada allegó contestación de demanda en tiempo el 26 de febrero de 2021<sup>4</sup>, con admisión de la adición de la demanda el día 20 de abril de 2021<sup>5</sup>, fijándose fecha para audiencia inicial el día 9 de diciembre de 2021<sup>6</sup> y audiencia de pruebas el día 27 de enero de 2022.

Finalmente, se prescindió de la audiencia de pruebas fijada el 17 de febrero de 2022, corriéndose traslado para alegar de conclusión mediante auto del 9 de febrero de 2022<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Ver expediente digital "04AutoAdmite"

<sup>4</sup> Ver expediente digital "08ContestacionDemanda"

<sup>5</sup> Ver expediente digital "13AdmiteReformaDemanda"

<sup>6</sup> Ver expediente digital "16AutoFijaAudienciaInicial"

<sup>7</sup> Ver expediente digital "34AutoTrasladoAlegatos"

### 3.1. Alegatos de conclusión parte demandante:

La parte actora presentó alegatos de conclusión en tiempo el día 24 de febrero de 2022<sup>8</sup>, reiterando los planteamientos analizados en la demanda, ya que la prestación de servicios realizada se ejecutó personalmente, de forma ininterrumpida por el actor como terapeuta respiratorio en el área de rehabilitación durante 9 años, 3 meses y 15 días, remunerado de forma mensual.

Se solicita al Despacho tener en cuenta el término de 30 días como límite temporal para que opere la solución de continuidad entre los contratos de prestación de servicios, de conformidad con la sentencia de unificación proferida el día 9 de septiembre de 2021, sin que constituya una "camisa de fuerza" para el juez contencioso que, en cada caso y de acuerdo con los elementos de juicio que obren dentro del plenario, habrá de determinar si se presentó o no la rotura del vínculo que se reputa laboral.

Haciendo énfasis en torno a la subordinación y en consideración con lo planteado en sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 25 de agosto de radicado No. 81001233300029120002001(0316- 14), se presume que hay subordinación cuando se exige el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, se imponen reglamentos, y adicionalmente la labor es inherente a la entidad y se evidencia un parámetro de equidad frente a los demás empleados de planta, situación vivida por el actor según las declaraciones de las señoras Michell Viviana Cárdenas Rozo y Alcira Cortés Mahecha en calidad de testigos dentro del proceso, que dan cuenta de la subordinación durante el desarrollo del objeto contractual, cumplimiento de horario, utilización de equipos y elementos de la institución, seguimiento de protocolos y manuales de la entidad en las mismas condiciones que el personal de planta, en especial profesional universitario área de salud, código 237, grado 1, Subgerencia , prestación de servicios, terapia respiratoria.

Analizando la excepción de prescripción bajo lo planteado en sentencia de unificación CE-SUJ-005-16 de 2016, se afirma que dicha excepción de fondo no está llamada a prosperar, pues el demandante culminó su relación contractual con el ente hospitalario el 31 de julio de 2018, presentando reclamación administrativa en torno al reconocimiento de prestaciones el día 6 de diciembre de 2019.

---

<sup>8</sup> Ver expediente digital "36AlegatosSubRed"

De otra parte, se pide el reconocimiento de aportes por concepto de Cajas de Compensación familiar del 25 de febrero de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2019, según lo dispuesto en sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena bajo el proceso radicado 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05) y sentencia del 18 de julio de 2018 emitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso 11001333501320130061801.

Igualmente, se requiere al Despacho con el fin de reconocer las vacaciones como prestación y la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías con fundamento en providencia del Consejo de Estado 81001233300020130011801 (09732016) de agosto 13 de 2018.

### **3.2. Alegatos de conclusión entidad demandada:**

La entidad demandada no presentó alegatos de conclusión dentro del proceso.

### **3.3. Ministerio Público:**

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno dentro del presente asunto.

Cumplido el trámite de Ley, sin que se observe causal de nulidad procesal, se decide mediante las siguientes;

## **IV. CONSIDERACIONES**

Por razones de orden metodológico, el Despacho en primer término identificará el problema jurídico, luego analizará la normatividad aplicable al caso y finalmente resolverá el caso concreto, previa valoración del recaudo probatorio.

### **4.1 Problema Jurídico<sup>9</sup>**

El problema jurídico en audiencia inicial quedó trazado de la siguiente manera:

---

<sup>9</sup> Ver expediente digital "19ActaAudiencialInicial".

(...)

*Por lo anterior, la fijación del litigio: consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., se desnaturalizaron en una relación laboral que implica, a favor del demandante, el reconocimiento y pago de todos los emolumentos de carácter salarial, prestacional y los incentivos como la prima técnica profesional e indemnizaciones a que haya lugar, vacaciones en dinero, reembolso de los pagos que realizó el demandante a las aseguradoras de riesgos laborales, por aportes a salud y pensión, a la Caja de Compensación familiar, pago de las diferencias que resulten entre lo pagado por cada contrato de prestación de servicios y el salario de un terapeuta respiratorio de planta y pago de la indemnización por la mora en el pago de cesantías de que trata la Ley 224 de 1995, todo esto en el periodo 16 de abril de 2009 a 31 de julio de 2018, sumas que deberán ser indexadas; o, si por el contrario, en el presente caso no concurren los elementos de una relación laboral.*

Recordado el problema jurídico, el Despacho realizará el análisis normativo correspondiente, luego, valorará las pruebas aportadas para así resolver el caso concreto.

#### **4.2. Normatividad aplicable al caso**

##### **Ley 80 de 1993, “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”**

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, consignó algunas modalidades estatales, entre las cuales definió el contrato de prestación de servicios, así:

(...)

*Artículo. 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación: (...)*

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

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.” (Subrayas fuera de texto)*

Conforme a lo anterior, el contrato de prestación de servicios suscrito por las entidades estatales tiene fundamento legal en el Estatuto General de Contratación, es decir, está autorizado por la ley y tiene como propósito que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa, relación jurídica que se establece con personas naturales, para que

realicen actividades que no puedan ejecutarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados.

La convención realizada en el contrato de prestación de servicios no tiene otro propósito que el desarrollo de labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, sin importar la circunstancia de tiempo o lugar donde se presta el servicio, siendo las necesidades de la administración las que imponen la celebración de este tipo de contratos.

La Ley 80 de 1993 dispone que los contratos de prestación de servicios no generan relación laboral, ni prestaciones sociales, no obstante, a medida que el tema ha sido estudiado por las Altas Cortes, se ha establecido que cuando de ellos se hacen evidentes elementos tales como la subordinación o la dependencia, la prestación personal del servicio y la remuneración, se está frente a una relación laboral independientemente de la forma de vinculación.

Es así, que para establecer los parámetros que diferencian los contratos de prestación de servicios respecto a los que consagran relaciones laborales, la Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma:

(...)

**3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.**

*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.*

*“ (...)”*

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

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

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la **calidad de contratista independiente** sin derecho a prestaciones sociales; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente...**”<sup>10</sup> (Negrilla del Despacho)*

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

De forma reiterativa el Consejo de Estado, mediante sentencia de 01 de marzo de 2018<sup>11</sup>, estableció frente a los elementos del contrato de prestación de servicios independientes, la importancia de la subordinación así:

(...)

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

*Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo. (negrilla fuera de texto).*

De acuerdo a lo señalado por nuestro Órgano de Cierre Constitucional y Administrativo, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios se requiere demostrar los tres elementos del contrato de trabajo los cuales son i) la prestación personal del servicio, ii) la continua subordinación y dependencia laboral y iii) la remuneración, una vez probada la relación laboral se tiene derecho al pago de las prestaciones sociales por el tiempo laborado, atendiendo así al principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, contenido en el artículo 53 de la Constitución Política.

### **Sentencias de unificación en el contrato realidad**

---

<sup>11</sup> Ver Sentencia de Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter, Bogotá, D.C., primero 1 de marzo de dos mil dieciocho (2018), medio de control Nulidad y Restablecimiento del Derecho, expediente radicado bajo el N° 23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014).

En cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016<sup>12</sup>, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- I. *Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*
- II. *Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
- III. *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
- IV. *Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*
- V. *Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*
- VI. *El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*

---

<sup>12</sup> Ver Sentencia de Unificación Jurisprudencial Consejo de Estado, Sección Segunda. CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000- 2013-00260-01 (0088-2015)

- VII. *El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Finalmente, en sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021<sup>13</sup>, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó la posición sobre: i) la temporalidad, ii) el término de solución de continuidad entre contratos y iii) la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes, bajo las siguientes reglas:

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

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

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

En esta providencia se estableció que el término estrictamente indispensable que deben durar los contratos de prestación de servicios será el que se señale en la minuta de prestación de servicios y que corresponde al lapso que, según los estudios previos, debe concederse a la espera de que el contratista cumpla con el

---

<sup>13</sup> C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-01143-01, SUJ-025-CE-S2-2021, sep. 9/2021.

objeto contractual, sin perjuicio de las prórrogas que puedan concederse para garantizar ese cumplimiento.

A la par, explicó que aun cuando los contratistas de las entidades partes en un contrato realidad no hayan sido afiliados al sistema de seguridad social para cubrir riesgos y contingencias laborales y de salud, no procede reembolsarle los aportes que haya efectuado de más, por ser aportes parafiscales obligatorios y con destinación específica.

### **4.3 Caso Concreto.**

A continuación, se analizarán las pruebas aportadas en el curso del proceso que interesan al debate, y se examinará si existe configuración de los elementos que permiten establecer la existencia de un contrato realidad.

Es así, como en el presente caso el señor Gamba Rodríguez, pretende que se declare la nulidad del oficio 20192100217111 del 27 de diciembre de 2019, que negó la relación laboral surgida desde el 16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018, que en su sentir, generó con la prestación del servicio que realizó en el antiguo Hospital de Kennedy III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, en la modalidad de órdenes de prestación de servicios, teniendo en cuenta que se configuran los elementos que constituyen un vínculo laboral, y como consecuencia de ello, se reconozcan y paguen las prestaciones que se derivan de la mencionada relación.

Por su parte, la entidad demandada, aduce que no se puede acceder a las pretensiones de la demanda toda vez, que la relación que existió entre las partes, se basó en lo establecido en la Ley 80 de 1993, sin ningún tipo de subordinación.

En ese orden, es necesario establecer si de las pruebas allegadas, se logra demostrar, la configuración de los 3 elementos que constituyen una vinculación laboral como son, (i) la existencia de la prestación personal del servicio, (ii) la continuada subordinación laboral y (iii) la remuneración como contraprestación.

### **PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:**

Del material probatorio obrante en el expediente, tales como, contratos de prestación de servicios, certificaciones contractuales, carta de intención del contratista, Formato de Requerimiento de Prestación de Servicios Profesionales y de

apoyo a la gestión administrativa, Certificación de cumplimiento de Contrato u Orden de Prestación de Servicios (OPS), certificación de actividades realizadas para el proceso pago, certificación de actividades realizadas, certificados de disponibilidad presupuestal, informes de actividades, entre otros, se puede determinar que el señor Gamba Rodríguez suscribió de forma personal e indelegable con antiguo Hospital de Kennedy III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E los siguientes contratos de prestación de servicios:

CANTIDAD	NUMERO	DESDE	HASTA	DURACIÓN
1	1548	16/04/2009	30/04/2009	15 DIAS
2	2357	5/05/2009	30/06/2009	56 DIAS
3	3100	1/07/2009	31/08/2009	2 MESES
4	4085	1/09/2009	31/10/2009	2 MESES
	4085	1/11/2009	30/11/2009	1 MES
5	4951	1/12/2009	31/12/2009	1 MES
6	557	1/01/2010	28/02/2010	2 MESES
7	1381	1/03/2010	30/04/2010	2 MESES
8	2361	1/05/2010	31/05/2010	1 MES
9	2647	1/06/2010	31/06/2010	1 MES
10	3324	1/07/2010	31/08/2010	2 MESES
11	4190	1/09/2010	31/10/2010	2 MESES
12	5057	1/11/2010	30/11/2010	2 MESES
	5057	26/11/2010	31/12/2010	35 DIAS
13	422	1/01/2011	28/02/2011	2 MESES
14	1299	1/03/2011	30/04/2011	2 MESES
15	2136	1/05/2011	30/06/2011	2 MESES
16	3159	8/07/2011	31/08/2011	53 DIAS
17	3972	1/09/2011	30/09/2011	1 MES
18	4162	1/10/2011	31/10/2011	1 MES
19	4662	1/11/2011	31/12/2011	2 MESES
20	329	1/01/2012	31/01/2012	1 MES
21	1020	1/02/2012	29/02/2012	1 MES
22	1814	1/03/2012	30/04/2012	2 MESES
23	2664	1/05/2012	31/05/2012	1 MES
24	3010	1/06/2012	30/06/2012	1 MES
25	3488	1/07/2012	31/08/2012	2 MESES
26	4327	1/09/2012	31/10/2012	2 MESES
27	5368	1/11/2012	31/12/2012	2 MESES
29	562	1/01/2013	31/03/2013	3 MESES
41	1465	1/04/2013	30/06/2013	1 MES
31	3051	1/07/2013	31/08/2013	2 MESES
32	3832	1/09/2013	31/10/2013	2 MESES
33	5307	1/11/2013	31/12/2013	2 MESES
34	198	1/01/2014	30/04/2014	4 MESES
35	2004	1/05/2014	30/06/2014	2 MESES
36	3294	1/07/2014	31/07/2014	1 MES

37	4192	1/08/2014	31/08/2014	1 MES
38	4919	1/09/2014	31/10/2014	2 MESES
39	6930	1/11/2014	31/12/2014	2 MESES
40	357	1/01/2015	28/02/2015	2 MESES
41	2112	1/03/2015	30/04/2015	2 MESES
42	3191	1/05/2015	31/05/2015	1 MES
43	3760	1/06/2015	30/06/2015	1 MES
44	4754	1/07/2015	31/08/2015	2 MESES
45	5589	1/09/2015	30/09/2015	1 MES
46	6777	1/10/2015	30/11/2015	2 MESES
47	8107	1/12/2015	31/12/2015	1 MES
48	715	1/01/2016	30/09/2016	9 MESES
49	715	1/10/2016	25/11/2016	55 DIAS
50	1-1580	26/11/2016	10/01/2017	2 MESES
51	1-1695	11/01/2017	31/07/2017	6 MESES Y 20 DIAS
52	SO-1958	1/08/2017	31/01/2018	1 MES
53	2003	1/02/2018	31/07/2018	6 MESES

Una vez revisada la documentación, se evidencia que el antiguo Hospital Kennedy III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E con miras a fortalecer las actividades administrativas dentro de la entidad hospitalaria suscribió **53 contratos de prestación de servicios** con el accionante, los cuales, fueron ejecutados de manera personal, desde el 16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018, como Terapeuta Respiratorio en el área de rehabilitación.

### **Actividades contratadas**

De conformidad con el formato de requerimiento de personal emitido por el antiguo Hospital de Occidente de Kennedy III Nivel<sup>14</sup>, se indican ejecutadas las siguientes:

- Participar activamente en la atención de pacientes críticos en las unidades de cuidado intensivos, hospitalizados, urgencias y en general en relación a pacientes hospitalizados que requieran terapia respiratoria.
- Evaluar y ejecutar el plan de tratamiento de los pacientes con y sin soporte ventilatorio.
- Analizar y modificar los parámetros de asistencia ventilatoria de acuerdo con el análisis y previo a los paraclínicos necesarios para tomar decisiones.
- Realizar lectura e interpretación de radiografía de tórax.
- Escoger previa valoración del paciente el equipo de oxigenoterapia a usar en el mismo.

<sup>14</sup> Ver expediente digital "02Anexos" hoja 45 del PDF.

- Participar en la aplicación de surfactante y estricto control posterior de dichos pacientes.
- Participar por lo menos en el 90% de las socializaciones de terapia respiratoria.
- Participar en los programas educativos y asistenciales en los que interviene el servicio de terapia respiratoria.
- Participar activamente en las actividades científicas programadas en el área de rehabilitación.
- Elaborar registros clínicos y estadísticos, diario, mensual, trimestral, semestral y anual.
- Asistir y participar en la reunión mensual de actualización de protocolos y procedimiento de terapia respiratoria.
- Presentar el 100% de los exámenes de los protocolos.
- Participar activamente en el traslado de pacientes, críticos para la toma de exámenes especiales y control de estos pacientes durante dicho examen.
- Realizar la toma y procesamiento de análisis, de los gases sanguíneos que le sean solicitados.
- Realizar el cuidado de la vía aérea artificial como parte del tratamiento de terapia respiratoria.
- En caso de emergencia y/o ausencia del médico, manteniendo óptimas condiciones de oxigenación y ventilación al paciente, mientras el intensivista, neurólogo, pediatra o neonatólogo instaure vía aérea.
- Respetar los derechos de los pacientes, cumplir con el código de ética médica y todas las disposiciones legales pertinentes que como servidores en el área de salud están obligados, en los servicios ambulatorios, urgencias y hospitalización.
- Participar en las actividades clínicas, docentes, investigativas y/o administrativas en las cuales el hospital requiera su intervención.
- Llenar a cabalidad los formatos de historias clínicas, docentes, investigativas y/o administrativas en las cuales el hospital requiera su intervención.
- Llenar los formatos de acuerdo a lo establecido en normas legales, los procedimientos de auditoría, en el manual de historias clínicas de la institución, respaldando cada actuación con firma y sello.
- Velar por la adecuada y racional utilización de los recursos de la institución y demás objetos, equipos y elementos del Hospital destinados para el cumplimiento de sus actividades contractuales.

- Cumplir con la presentación del reglamento de higiene y seguridad y con la ejecución del programa de salud ocupacional y los planes de evacuación del Hospital y los planes de contingencia del área de mantenimiento.
- Portar el carnet institucional durante la prestación del servicio según los parámetros de la institución.
- Asistir a los cursos de inducción, bioseguridad, organizados por la institución por el personal nuevo con el fin de fortalecer sus políticas de mejoramiento.

### PAGO MENSUAL DEL SERVICIO CONTRATADO

De la certificación expedida por la Dirección de Contratación de la Subred Integrada de servicios de Salud Sur Occidente E.S.E se registran por la entidad los siguientes valores por concepto de honorarios por cada contrato suscrito con el señor Gamba Rodríguez cancelados de forma mensual<sup>15</sup>, veamos:

CANTIDAD	NUMERO	VALOR
1	1548	\$ 1.844.000,00
2	2357	\$ 1.844.000,00
3	3100	\$ 1.844.000,00
4	4085	\$ 1.844.000,00
	4085	\$ 1.844.000,00
5	4951	\$ 1.844.000,00
6	557	\$ 1.936.000,00
7	1381	\$ 1.936.000,00
8	2361	\$ 1.936.000,00
9	2647	\$ 2.904.000,00
10	3324	\$ 2.904.000,00
11	4190	\$ 1.936.000,00
12	5057	\$ 1.936.000,00
	5057	\$ 1.936.000,00
13	422	\$ 1.936.000,00
14	1299	\$ 1.936.000,00
15	2136	\$ 1.936.000,00
16	3159	\$ 1.936.000,00
17	3972	\$ 1.936.000,00
18	4162	\$ 1.936.000,00
19	4662	\$ 1.936.000,00
20	329	\$ 1.936.000,00
21	1020	\$ 1.936.000,00
22	1814	\$ 1.936.000,00
23	2664	\$ 1.936.000,00
24	3010	\$ 1.936.000,00

---

<sup>15</sup> Ver expediente digital "04AutoAdmite"

25	3488	\$ 1.936.000,00
26	4327	\$ 1.936.000,00
27	5368	\$ 1.936.000,00
29	562	\$ 1.936.000,00
41	1465	\$ 1.936.000,00
31	3051	\$ 1.936.000,00
32	3832	\$ 1.936.000,00
33	5307	\$ 1.936.000,00
34	198	\$ 2.100.000,00
35	2004	\$ 2.100.000,00
36	3294	\$ 2.100.000,00
37	4192	\$ 2.100.000,00
38	4919	\$ 2.100.000,00
39	6930	\$ 2.100.000,00
40	357	\$ 2.100.000,00
41	2112	\$ 2.100.000,00
42	3191	\$ 2.180.000,00
43	3760	\$ 2.310.000,00
44	4754	\$ 2.310.000,00
45	5589	\$ 2.310.000,00
46	6777	\$ 2.310.000,00
47	8107	\$ 2.310.000,00
48	715	\$ 2.310.000,00
49	715	\$ 4.235.000,00
50	1-1580	\$ 3.465.000,00
51	1-1695	\$ 6.160.000,00
52	SO-1958	\$ 2.787.396,00
53	2003	\$ 2.901.414,00

### CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA:

A fin de probar la existencia de este elemento de la relación laboral, fueron aportados al proceso:

- Petición radicada el 6 de diciembre de 2019 bajo el radicado 2019422025415-2<sup>16</sup>, el señor Gamba Rodríguez solicitó ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E el pago de las acreencias laborales a que considera tener derecho, por el tiempo laborado en el antiguo Hospital Kennedy III E.S.E, desde el 16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018, en el cargo de terapeuta respiratorio<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Ver expediente digital "02Pruebas" hoja 6.

<sup>17</sup> Ver expediente digital "01Demanda" hoja 25-26 del PDF.

- Mediante oficio 20192100217111 del 27 de diciembre de 2019, la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, dio respuesta a la petición anterior, negando lo solicitado al sostener que no tiene derecho al pago de acreencias laborales, dado que para el tiempo solicitado su calidad era la de contratista<sup>18</sup>.
- Planilla de concertación de actividades consulta y procedimientos terapéuticos del mes de agosto de 2012, asignada al personal dentro de la planta del antiguo Hospital Occidente de Kennedy III, en la que se observa la prestación del servicio por parte del señor Gamba Edwin en el área de Urgencias recién nacidos, en el turno de noche y mañana<sup>19</sup>.
- Planilla de concertación de actividades consulta y procedimientos terapéuticos del mes de febrero de 2015, que asigna turnos al personal dentro de la planta del antiguo Hospital Occidente de Kennedy III, en la que se observa la prestación del servicio por parte del señor Gamba Edwin en el turno de 7:00 a.m. a 5 p.m. y de 7 a.m. a 1:00 p.m.<sup>20</sup>.
- Planilla de concertación de actividades consulta y procedimientos terapéuticos del mes de febrero de 2017, que asigna turnos al personal dentro de la planta de personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, en la que se observa la prestación del servicio por parte del señor Gamba Edwin en el turno de 7:00 a.m. a 7 p.m. y de 7 a.m. a 1:00 p.m.<sup>21</sup>
- Se allegan certificaciones expedidas por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, en las que se hace constar la celebración de contratos sucesivos de prestación de servicios **CON ÁNIMO DE PERMANENCIA (por 9 años, 3 meses y 15 días)** como Terapeuta Respiratorio por parte del señor Gamba Rodríguez con el antiguo Hospital Kennedy III Nivel E.S.E hasta el 31 de julio de 2017 y con posteridad suscritos con la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E para el mismo objeto contractual hasta el 31 de julio de 2018<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Ver expediente digital "01Demanda" hoja 27-34 del PDF

<sup>19</sup> Ver expediente digital "01Demanda" hoja 45 del PDF.

<sup>20</sup> Ver expediente digital "01Demanda" hoja 47 del PDF.

<sup>21</sup> Ver expediente digital "01Demanda" hoja 49 del PDF.

<sup>22</sup> Ver expediente digital "01Demanda" hoja 51-54 del PDF.

- Certificados y planillas integradas de autoliquidación de aportes al sistema de protección social, como requisito previo al pago de honorarios dentro de cada contrato<sup>23</sup>.
- Certificado de capacitación realizado dentro de la Unidad de Servicios de Salud-Occidente de Kennedy "Terapia Respiratoria en la Unidad de Cuidado Intensivo" por parte del señor Gamba Rodríguez, con una intensidad de 40 horas, expedido el 15 de noviembre de 2016<sup>24</sup>.
- Certificado de capacitación realizado dentro de la Unidad de Servicios de Salud-Occidente de Kennedy "Terapia Respiratoria en la Unidad de Cuidado Intensivo Pediátrico" por parte del señor Gamba Rodríguez, con una intensidad de 40 horas, expedido el 15 de noviembre de 2016<sup>25</sup>.
- Certificado de capacitación realizado dentro de la Unidad de Servicios de Salud-Occidente de Kennedy "Terapia Respiratoria en la Unidad de Cuidado Intensivo Neonatal" por parte del señor Gamba Rodríguez, con una intensidad de 40 horas, expedido el 15 de noviembre de 2016<sup>26</sup>.
- Oficio emitido por la Gerente del extinto Hospital Kennedy III E.S.E, el día 11 de septiembre de 2015, dirigido al apoderado del actor que da cuenta de la existencia del cargo de Terapeuta del Área Respiratoria dentro de la planta de personal de la entidad con los sueldos establecidos desde el año 2000 al 2014<sup>27</sup>.
- Certificación de actividades realizadas en el área de Terapia Respiratoria expedida el 30 de junio de 2009, en la que se hace constar entre otras actividades realizadas, la participación en por lo menos el 90% de las reuniones de Terapia Respiratoria, la asistencia y participación en reuniones mensuales para actualización en protocolos y procedimientos de terapia respiratoria, presentación del 100% de los exámenes de los protocolos<sup>28</sup>.

### **Sobre las actividades ejecutadas por la accionante al interior de la Subred Integrada de Servicios DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E**

---

<sup>23</sup> Ver expediente digital "26PruebasDocumentales" hoja 76 del PDF. Entre otras.

<sup>24</sup> Ver expediente digital "26PruebasDocumentales" hoja 112 del PDF.

<sup>25</sup> Ver expediente digital "26PruebasDocumentales" hoja 113 del PDF.

<sup>26</sup> Ver expediente digital "26PruebasDocumentales" hoja 114 del PDF

<sup>27</sup> Ver expediente digital "02Anexos" hoja 47 a la 51 del PDF.

<sup>28</sup> Ver expediente digital "31HojaDeVidall" hoja 10-11 del PDF.

En primera medida, mediante comunicado externo aportado como prueba por la parte demandante<sup>29</sup> 305-2017 del 11 de septiembre de 2015, suscrito por el Gerente del extinto Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, se acredita la existencia del cargo de terapeuta del área de rehabilitación desde el año 2000 al año 2015, quienes devengaban los siguientes emolumentos:

AÑO	CARGO TERAPIA RESPIRATORIA	SUELDO
2000	\$	999.658
2001	\$	1.091.926
2002	\$	1.278.312
2003	\$	1.358.718
2005	\$	1.547.030
2006	\$	1.653.775
2007	\$	1.749.696
2008	\$	1.854.678
2009	\$	2.004.351
2010	\$	2.065.284
2011	\$	2.223.977
2012	\$	2.346.297
2013	\$	2.438.740
2014	\$	1.527.511

En torno a las prestaciones sociales legales y extralegales a las que tiene derecho un terapeuta respiratorio, se hace referencia que son las contenidas en el Decreto 1045 de 1978 insistiendo que no se cancelan horas extras, recargos nocturnos, dominicales o festivos a ningún funcionario de planta dentro de la entidad, asegurándose que la contratación de prestación de servicios **obedece a la insuficiencia de personal en el hospital.**

De otro lado, partiendo de las actividades relacionadas en los contratos suscritos por las partes, se aporta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales, Acuerdo N° 015 “*Por el cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Requisitos y Competencias Laborales de la Planta Global del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E.*”, en el que se anota como funciones dentro del cargo **Profesional Universitario Área de Salud, Código 237, Grado 12<sup>30</sup>:**

---

<sup>29</sup> Ver expediente digital “02Anexos” hoja 47-51 del PDF.

<sup>30</sup> Ver expediente digital “26PruebasDocumentales” hoja 14-17 del PDF.

<b>II. AREA FUNCIONAL – SUBGERENCIA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS</b>	
• <b>Rehabilitación</b>	
<b>III. PROPÓSITO PRINCIPAL</b>	
Realizar labores profesionales de tipo asistencial, en actividades de prevención, diagnóstico y tratamiento de pacientes hospitalizados y ambulatorios, mediante la aplicación de principios y procedimientos propios de la Terapia.	
<b>IV. DESCRIPCIÓN DE FUNCIONES ESENCIALES</b>	
1.	Realizar interrogatorio y valoración del paciente para determinar los objetivos específicos del tratamiento respiratorio a seguir seleccionando las modalidades terapéuticas de acuerdo al diagnóstico y a las indicaciones específicas para las diferentes patologías y poder realizar un tratamiento adecuado.
2.	Participar activamente con el grupo interdisciplinario de salud para la ejecución y adecuado desarrollo del plan de manejo de terapia respiratoria.
3.	Atender interconsultas de terapia respiratoria, solicitadas por los diferentes servicios y elaborar y coordinar el plan de atención a pacientes con patologías cardio respiratorias de manera individual y colectiva.
4.	Informar al grupo y a la familia del paciente sobre los resultados de la evolución del tratamiento,

5.	para determinar conductas a seguir a nivel asistencial y familiar y programas ambulatorios. Mantener actualizadas las historias clínicas, brindando una óptima y oportuna información para el manejo interdisciplinario adecuado a los pacientes.
6.	Registrar las enfermedades tratadas de acuerdo a la codificación vigente, como también registrar de manera adecuada los procedimientos utilizados en el tratamiento del paciente con la codificación requerida.
7.	Diligenciar los componentes asignados al área asistencial de su disciplina con el propósito de suministrar información veraz y oportuna para el análisis epidemiológico y estadístico de la Institución.
8.	Impartir educación individual y grupal a la comunidad, para promover los servicios, programas especiales y modalidades terapéuticas de los cuales puedan beneficiarse.
9.	Asesorar, dirigir y participar en los procesos de enseñanza aprendizaje, cuyos contenidos educacionales estén relacionadas con el estudio y desarrollo de la terapia respiratoria.
10.	Participar en la elaboración del diagnóstico de los pacientes hospitalizados en la Unidad de Cuidado intensivo
11.	Establecer y mantener comunicación con los especialistas para el adecuado desarrollo del plan de manejo de los pacientes a su cargo en la unidad.
12.	Analizar y modificar los parámetros de asistencia ventilatoria y escoger previa evaluación del paciente, el equipo de oxigenoterapia a utilizar
13.	Realizar el cuidado de la vía aérea artificial como parte del tratamiento de terapia respiratoria
14.	Ejercer las demás funciones que le sean asignadas por el superior inmediato de acuerdo con la naturaleza del cargo.

Como requisitos de estudio y experiencia se anotan los siguientes:

<b>VII. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA</b>	
<b>ESTUDIOS</b>	<b>EXPERIENCIA</b>
✓ Título profesional en disciplina académica: Terapia Física o Terapia Respiratoria, del Núcleo Básico del Conocimiento (NBC), Terapias.	✓ Doce (12) Meses de experiencia profesional relacionada con el cargo.
✓ Tarjeta o matrícula profesional en los casos reglamentados por la Ley y/o Registro de Inscripción ante la Secretaría Distrital de Salud.	

Así mismo, se acredita en el expediente a través del **acuerdo N° 017 del 5 de abril de 2017**<sup>31</sup> dentro del personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E, la existencia del empleo denominado **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14** así:

<sup>31</sup> Ver expediente digital "24RespuestaPruebas" hoja 19-22 del PDF.

I. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO.	
NIVEL JERÁRQUICO:	Profesional
DENOMINACIÓN DEL EMPLEO:	Profesional Universitario Área Salud
CÓDIGO:	237
GRADO:	14
No DE CARGOS:	23
DEPENDENCIA:	Donde se ubique el empleo
CARGO DEL SUPERIOR INMEDIATO:	Quien ejerza la supervisión directa
II. ÁREA FUNCIONAL.	
Subgerencia de Prestación de Servicios de Salud – Dirección Servicios Ambulatorios - Dirección Servicios Hospitalarios - Dirección Servicios Urgencias - Dirección Servicios Complementarios - Dirección Servicio Gestión Integral de Riesgo en Salud	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Ejecutar y aplicar Subgerencia de Prestación de Servicios de Salud los conocimientos profesionales para el desarrollo de los planes, programas y proyectos a cargo de la Dependencia, de acuerdo con el modelo de atención en salud, la plataforma estratégica y la normatividad vigente.	

VII. REQUISITOS DE ESTUDIO Y EXPERIENCIA	
EDUCACIÓN	EXPERIENCIA
Título profesional del núcleo básico de conocimiento en: Terapias Matrícula o Tarjeta profesional en los casos requeridos por la Ley.  Certificado de inscripción o registro ante el ente correspondiente.	Doce (12) meses de experiencia profesional.
II. ÁREA FUNCIONAL.	
Subgerencia de Prestación de Servicios de Salud – Dirección Servicios Ambulatorios - Dirección Servicios Hospitalarios - Dirección Servicios Urgencias - Dirección Servicios Complementarios - Dirección Servicio Gestión Integral de Riesgo en Salud	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL	
Liderar, ejecutar y aplicar conocimientos profesionales para el desarrollo de los planes, programas y proyectos del Centro o servicio asignado para la prestación integral de servicios de salud de acuerdo con la normatividad vigente.	

Bajo en el análisis anterior, resulta claro que dentro de la entidad **existía el cargo de terapeuta respiratorio en el área de rehabilitación durante el periodo de ejecución contractual con el señor Gamba Rodríguez del 16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018**, por tanto, en los contratos de prestación suscritos, fueron creados para **garantizar actividades carácter misional dentro de la entidad**, como el derecho y acceso efectivo a la salud de los usuarios, teniendo en cuenta que el ente hospitalario maneja patologías de alta complejidad y no cuenta con el personal de planta suficiente para ello, motivo por el cual se ordenó la contratación de personal bajo la modalidad de prestación de servicios.

#### **Testimonios recibidos dentro del proceso.**

**Testimonio de la señora MICHELL VIVIANA CÁRDENAS ROZO.**

Sin parentesco con el accionante, enfermera profesional de la Universidad Andina, de 33 años de edad, estado civil soltera, lugar de residencia en la ciudad de Bogotá.

Conoció al demandante desde el año 2010, porque trabajó con él en el Hospital de Kennedy, afirma que el actor trabajaba en dicha entidad Hospitalaria bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios como Terapeuta Respiratorio encargado de los pacientes de las unidades de cuidado intensivo, con turnos rotativos, asignados por la Coordinadora de Terapia Respiratoria, que podían ser día de por medio (una noche si y otra no) de 7 a.m. a 1 p.m., de 1 p.m. a 7 p.m., o de 7 a.m. a 7 p.m., incluyendo domingos y festivos.

En relación a las actividades ejecutadas por el señor Gamba Rodríguez, se afirma que obedecían al giro ordinario de la entidad, debiendo cumplir las órdenes emitidas por parte de los médicos intensivistas de turno bajo los protocolos de atención establecidos por el Hospital, quienes asignan el tratamiento a los pacientes y forma de aplicar la asistencia ventilatoria, sin posibilidad de ser cambiado de forma autónoma por el terapeuta, dichas funciones desarrolladas en las mismas condiciones que el personal de planta con los elementos suministrados por el Hospital, jeringas, guantes, sondas e insumos adicionales para la prestación del servicio al paciente, con pago mensual de honorarios.

Se afirma que el señor Gamba Rodríguez, no podía disponer del tiempo durante la prestación de sus servicios so pena de llamado de atención o descuento sobre el pago del turno, tampoco podía abandonar el turno asignado siendo indispensable su permanencia de forma completa en las unidades de cuidado intensivo; para poder modificar el horario asignado debía gestionarse un cambio de turno aprobado a través de formato por la Coordinadora encargada, quién delegaba a otro terapeuta respiratorio para su remplazo.

#### **Testimonio de la señora ALCIRA CORTÉS MAHECHA.**

Residente en la ciudad de Bogotá, estado civil casada, de profesión Terapeuta Respiratoria sin parentesco con el actor. Explica que trabajó con el señor Gamba Rodríguez desde el año 2009 hasta el mes de agosto del año 2017, momento en que se retiró del extinto Hospital de Kennedy.

Haciendo referencia a las funciones desempeñadas por el accionante, se explica que era profesional en terapia respiratoria vinculado por contrato de prestación de servicios de manera continua, sin interrupción, en las áreas de hospitalización,

urgencias, pediatría, unidad de cuidados intensivos, adulto, pediátrico, neonato y también en unidad de cuidados intermedios, en relación al soporte respiratorio manejaba ventilación mecánica, rehabilitación pulmonar, chequeo de oximetría y todo lo relacionado con la vía aérea del paciente.

Dichas tareas eran asignadas por la jefe de rehabilitación, bajo los protocolos de la institución y las órdenes médicas efectuadas por el médico tratante en cada servicio, necesarias para poder cumplir con la terapia al paciente. Dichos galenos también podían ser de planta o contratistas. Como terapeutas respiratorios de planta se mencionan a Yaneth Vera, Sandra Román, Sandra Gómez, Claudia Penagos y Jaime Santa.

Como horario de cumplimiento para el desarrollo de las funciones mencionadas, la testigo indicó que el señor Gamba Rodríguez, trabajaba por turnos que eran programados a finales de mes a través de un listado de turnos, publicado por la jefe del servicio, es decir, por la Coordinadora de Rehabilitación, de 7 a.m. a 1 p.m., de 1 p.m. a 7 p.m., noche, noche interdiaria, de 7 p.m. a 7 a.m., estando prácticamente los últimos años en el turno de la mañana. Precisa que no se podía retirar del servicio, a menos de ser autorizado por la coordinadora de turno, por causales como enfermedad; no obstante, siempre debía haber una persona que lo remplazara en su turno por el coordinador o jefe de terapia.

En cuanto al pago de **aportes a salud y pensión** todas las interrogadas por el Despacho afirmaron tener a cargo los aportes de salud y pensión que debían ser presentados a la administración hospitalaria con el fin de acceder al pago mensual de sus honorarios, previo visto bueno del supervisor del contrato.

Dichas declaraciones fueron recepcionadas por el Despacho y analizadas a partir de las reglas de la sana crítica, la cual, a su vez, se gobiernan por las máximas de la experiencia, evidenciando que durante la audiencia de testimonios las declarantes fueron coherentes y creíbles en cada una de sus respuestas, sin que sus declaraciones sean susceptibles de sospecha en concordancia con el artículo 29 de la Constitución de 1991.

#### **4.4 Conclusiones respecto a la valoración probatoria efectuada:**

Teniendo en cuenta los elementos probatorios analizados en conjunto dentro del expediente, de la declaración de terceros, de su análisis y valoración, se puede colegir:

- Mediante los contratos de prestación de servicios, certificaciones, actividades ejecutadas por el contratista EDWIN MAURICIO GAMBA RODRÍGUEZ, informes y testimonios de las partes se logra acreditar los servicios contratados por el antiguo Hospital de Kennedy III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E fueron prestados de forma personal **y que no era posible delegar dichas funciones contratadas a terceros por parte del demandante.**
  
- Resulta claro, que era **necesaria e indispensable** la prestación personal del servicio dentro de la planta de la entidad hospitalaria ajustada a los horarios asignados establecidos por la Subgerente de Prestación de Servicios y la Coordinadora del área de rehabilitación; nótese, que tampoco era posible por parte del señor Gamba Rodríguez ejecutar las funciones asignadas de forma autónoma ya que dependía en un 100% de las órdenes médicas de los galenos adscritos a cada una de las unidades médicas, quiénes establecían el tratamiento correspondiente y de que manera se debía realizar la asistencia ventilatoria por parte del terapeuta, es así, que no existía una simple coordinación de actividades contractuales por parte de los supervisores, si no que actuaban como jefes inmediatos del señor Gamba Rodríguez, **dando órdenes de forma permanente y subordinada.**
  
- El horario en que el accionante ejecutó las actividades contratadas fue de manera continua en las instalaciones del antiguo Hospital Kennedy III Nivel E.S.E hoy Subred Sur Occidente E.S.E, con turnos rotativos de 7 a.m. a 1 p.m., de 1 p.m. a 7 p.m., o de 7 a.m. a 7 p.m., incluyendo domingos y festivos, asignados de forma unilateral por parte del área de rehabilitación.
  
- Se encuentra acreditada la existencia del cargo como terapeuta del área de rehabilitación del año 2009 al 2016 en el antiguo Hospital de Kennedy III Nivel, bajo la denominación del empleo Profesional Universitario Área de Salud, Código 237, Grado 12 y con posterioridad mediante acuerdo N° 017 del 5 de abril de 2017, fue denominado como Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14.
  
- Las funciones desempeñadas por el señor Gamba Rodríguez eran de carácter misional, en cumplimiento de actividades propias de un Terapeuta Respiratorio, actividades misionales a desarrollar dentro del hospital cuyo objetivo es la prestación de servicios de salud.

- Se acredita una remuneración mensual y continua por concepto de honorarios durante los periodos contratados sin interrupción; el último valor devengado por el contratista fue la suma \$ 2.901.414 m/cte.
- El demandante pagaba como independiente seguridad social por salud, pensión y riesgos profesionales.
- Se acredita la **dirección y control efectivo de las actividades** a ejecutar de forma continua por el señor Gamba Rodríguez quién siguió los parámetros, protocolos, presentación personal, reglamentos institucionales, generando dependencia y subordinación los médicos tratantes y coordinadores del área de rehabilitación; el demandante no podía disponer libremente de su horario o planificación para la ejecución de las tareas contratadas, debía solicitar permiso a través de un formato en las mismas condiciones que sus compañeros de planta, pues no era posible de ninguna forma ausentarse sin que sus funciones fueran cubiertas previa autorización del jefe de área.
- Como parte de sus obligaciones contractuales debía asistir y participar en el 90% de las socializaciones realizadas por el hospital en relación al área de Terapia Respiratoria, participar en las actividades clínicas, docentes, investigativas y/o administrativas, en programas educativos y asistenciales de su área, en las reuniones mensuales de actualización de protocolos y procedimientos de Terapia Respiratoria, presentar el 100% de los exámenes de los protocolos, cumplir con los programas de salud ocupacional y los planes de evacuación.
- El actor recibía capacitaciones obligatorias dadas de forma directa por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. en iguales condiciones que el personal de planta.
- Debía velar por la adecuada y racional utilización de los recursos de la institución y demás objetos, equipos y elementos del Hospital destinados para el cumplimiento de sus actividades contractuales.
- No se aportan los requisitos y análisis de conveniencia para contratar o condiciones de idoneidad y experiencia al contratista, es decir, no se allega la documental que dé cuenta de los estudios previos realizados por parte de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. para la contratación del demandante; por tanto, y de conformidad con la sentencia de unificación emitida por el Consejo de Estado el 9 de

septiembre de 2021, SUJ-025-CE-S2-2021, resulta notorio en el caso que nos ocupa, que los contratos de prestación de servicios desarrollados de manera personal, exclusiva, continuada o sucesiva el señor Gamba Rodríguez, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el “término estrictamente indispensable” del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

- **El actor fue contratado por la hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E al no contar con personal de planta suficiente, para garantizar la prestación del servicio de salud**, por tal motivo se consideró necesario utilizar la figura del contrato de prestación de servicios contemplada en artículo 3° de la ley 80 de 1993 con el fin de cumplir eficientemente y eficazmente con el servicio público, el logro de los fines estatales y la función social. No obstante, TAL SITUACIÓN RESULTA REPROCHABLE por este operador judicial, ya que teniendo en cuenta que la ley 1952 de 2019 en su artículo 54, limita la utilización de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión para ejercer **actividades permanentes**, se debió acudir a la figura de los empleos temporales (artículo 21 de la Ley 909 de 2004) y, de forma subsidiaria a la de los supernumerarios (artículo 83 del Decreto 1042 de 1978), como quiera que se consideran los instrumentos jurídicos que mejor articulan el desarrollo de las funciones propias de las entidades y garantizan los derechos prestacionales para cada sujeto vinculado.
- Extraño es que en una relación en la que se supone una total autonomía e independencia en desarrollo de la actividad contratada, se exija el cumplimiento de horario de trabajo, capacitaciones, reuniones administrativas, el cumplimiento estricto de los parámetros y reglamentos institucionales, generando dependencia y subordinación hacia sus coordinadores y médicos tratantes, utilización de herramientas suministradas por la entidad hospitalaria para cumplir con sus deberes como terapeuta respiratorio, exigir buena prestación personal y atención humanizada al paciente, la imposibilidad de delegar las actividades en un tercero ajeno a la institución, solicitar permisos, entre otros; lo que demuestra el control y supervisión permanente de la Entidad Hospitalaria sobre la labor

de la demandante como terapeuta respiratorio, desvirtuándose así su autonomía e independencia en la prestación de los servicios contratados y superando bajo tales circunstancias, el tema de la coordinación necesaria en desarrollo de la actividad contractual, aludida por la entidad dentro de la contestación de la demanda.

Con fundamento en los elementos de juicio allegados en el expediente y apreciados en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se infiere con toda claridad la subordinación de que revistió la presunta relación contractual suscrita, toda vez, que el demandante al desarrollar la actividad para la que fue contratada de manera sucesiva y a ordenes exclusivas para la Subred Sur Occidente E.S.E, durante **9 años, 3 meses y 15 días**, contradice la naturaleza temporal y excepcional de un contrato de prestación de servicios; además, en todo momento se encontró sujeto al cumplimiento del horario impuesto por la Subgerencia y coordinador de área, a la supervisión mensual de sus funciones, imposición de solicitud de permisos, cumplimiento de las normas establecidas en la institución, bajo una completa subordinación a los protocolos médicos e institucionales, que tenían injerencia directa en la prestación de servicio como terapeuta respiratorio y sobre cada una de las funciones de carácter misional.

**El análisis anterior, evidencia entonces la configuración del elemento de subordinación que determina en estos casos la existencia de una relación laboral encubierta bajo un vínculo contractual.**

Así, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la ejecución de actividades como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el presente caso, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración como contraprestación directa del mismo, la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, y el desempeño de una labor de carácter permanente y continua, propia de la Entidad, concluye el Despacho que la administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la relación suscrita que desde luego se tornó eminentemente laboral, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto, el demandante prestó sus servicios personales como terapeuta respiratorio del **16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018, SIN INTERRUPCIÓN** surgiéndole el derecho a que sea reconocida su relación laboral, confiriéndole a la contratista las prerrogativas de orden prestacional.

De tal manera, se encuentra demostrada la concurrencia de la totalidad de los elementos esenciales para la declaratoria de la existencia del vínculo laboral, en particular, la subordinación y dependencia que rige las relaciones de trabajo, el carácter permanente de las actividades desarrolladas por el demandante, que las labores encomendadas fueran propias de la misión de la Subred Integrada de Servicios Sur Occidente E.S.E. encargada de la prestación de los servicios de salud.

Por otra parte, es de señalar que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio, **no pueden convertirse en excusas para vincular precaria e ilegalmente personal para el desempeño permanente de funciones públicas**, en este caso, desconociendo las formas sustanciales de derecho público, las modalidades previstas en la Constitución y la Ley para el ingreso al servicio público y aún las garantías laborales y derechos fundamentales de quienes así resultan vinculados.

**Pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.**

Ahora bien, en relación al reconocimiento de las prestaciones sociales dejadas de percibir, en aquellos casos en que se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios, en Sentencia de Unificación Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01 (0088-15)CE-SUJ2-005-16 de fecha 16 de agosto de 2016 unificó el criterio señalando que estas se otorgan a título de “*restablecimiento del Derecho*”, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

“(…)

**En este orden de ideas, la Sala considera oportuno y necesario precisar cuál es el criterio imperante para el reconocimiento de la reparación de los daños derivados de la existencia del contrato realidad, dependiendo si las actividades contratadas bajo la modalidad de prestación de servicios son iguales a las funciones asignadas a empleos existentes en la planta de personal de la entidad o si no lo son, pues según el caso, el parámetro objetivo para la tasación de perjuicios podrá variar, en aplicación de los principios laborales de igualdad de oportunidades y remuneración proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, derivados del artículo 53 de la C.P.**

*En tal sentido, dirá la Sala que los honorarios pactados son el criterio imperante cuando el cargo desempeñado por el contratista no existe en la planta de personal, pues en razón a la inexistencia del cargo, dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente la indemnización de perjuicios”.*

**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 así 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, 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.

(...).”

En esa medida, actualmente las prestaciones sociales que son reconocidas a las personas que fueron vinculadas mediante contrato de prestación de servicios y que logran demostrar la existencia de una relación laboral, lo son a título de restablecimiento del derecho, pues aunque queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, dicha vinculación no puede tener la misma connotación que la del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, en el entendido que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como los presupuestos de ley (nombramiento, posesión) requisitos que no se observan en la situación concreta de la accionante.

Por lo anterior, esta agencia judicial **declarará la nulidad** del acto administrativo acusado **Oficio No. 20192100217111 del 27 de diciembre de 2019**, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre el señor GAMBA RODRÍGUEZ, y en su lugar se tendrá como existente dicho vínculo; **y a título de restablecimiento** se ordenará a la **Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E** i) **reconocer y pagar a la demandante todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por un Profesional Universitario Área de Salud, Código 237, Grado 12, del 16 de abril de 2009 al 5 de abril de 2017 y a partir del 6 de abril de 2017 lo devengado por un Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14.**

En cuanto, a la **diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social** la entidad accionada, deberá tomar del 16 de abril de 2009 al 5 de abril de 2017<sup>32</sup> el IBL de los valores devengados como **Profesional Universitario Área de Salud**,

---

<sup>32</sup> Fecha de la Vigencia del Acuerdo 015 del 24 de junio de 2015 “Por el cual se modifica el Manual Específico de funciones, requisitos y Competencias Laborales de la Planta Global del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel Empresa Social del Estado”

**Código 237, Grado 12** y a partir del 6 de abril de 2017 al 31 de julio de 2018<sup>33</sup>, el IBL de los valores devengados como **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14**, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

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

Con relación al reconocimiento **de prestaciones sociales**, reclamadas con la demanda encaminadas al reconocimiento de prima técnica profesional, prima de antigüedad, bonificación especial por recreación, prima semestral, bonificación de servicios prestados, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías estas se encuentran supeditados **a los factores que se contemplan en los artículos 3 y siguientes del Decreto 1045 de 1978, a lo dispuesto en el Decreto 471 de 1990 y a lo devengado por un Profesional Universitario Área de Salud, Código 237, Grados 12 y grado 14 a partir del 6 de abril 2017 y solo si se cumplen los parámetros allí establecidos serán objeto de reconocimiento.**

Respecto a las **vacaciones reclamadas**, estas en nuestra legislación están concebidas como prestación social y como una situación administrativa, la cual consiste en el reconocimiento en tiempo libre y en dinero a que tiene derecho todo empleado público o trabajador oficial por haberle servido a la administración durante un año y el monto de las mismas se liquidará con el salario devengado al momento de salir a disfrutarlas.

Por tanto, resulta menester precisar, en consonancia con este último criterio, que las vacaciones comportan una prestación social y son un derecho de los trabajadores, derivado del principio de garantía de descanso previsto por el artículo 53 de la Constitución Política, consistente en la concesión de 15 días no

---

<sup>33</sup> Acuerdo 017 de 5 de Abril de 2017 "Por medio del cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los Empleos de la Planta de Personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E"

laborables remunerados<sup>34</sup>, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978<sup>35</sup>, que dispone:

*Artículo 20º.- De la compensación de vacaciones en dinero. Las vacaciones solo podrán ser compensadas en dinero en los siguientes casos:*

*a) Cuando el jefe del respectivo organismo así lo estime necesario para evitar perjuicios en el servicio público, evento en el cual solo puede autorizar la compensación en dinero de las vacaciones correspondientes a un año;*

*b) Cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado de las vacaciones causadas hasta entonces.*

Así mismo, debe tenerse en cuenta que en la sentencia de unificación CE-SUJ2 5 de 25 de agosto de 2016<sup>36</sup>, la sección segunda de esta Corporación estableció, entre otras subreglas, que el reconocimiento de prestaciones, derivado de la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho, pues al trabajador ligado mediante contratos de prestación de servicios, «[...] 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 [...] 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».

Por ende, al haber declarado la existencia de una relación laboral entre el supuesto contratista y la Administración, corresponde compensarle al primero el derecho a descansar de sus labores y a la par recibir remuneración ordinaria, pero como quiera que el daño de impedirle el goce de tal período se encuentra consumado, **ha de compensársele con dinero esa garantía en los términos del aludido artículo 20 del Decreto ley 1045 de 1978, así como de la Ley 995 de 2005**<sup>21</sup>.

Respecto al pago de la **sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995** y el reconocimiento de la sanción moratoria **por la falta de pago oportuno de los intereses a las cesantías**, ley 52 de 1975 decreto reglamentario 116 de 1976, Ley 50 de 1990, es el caso señalar su improcedencia, en primera medida porque el

---

<sup>34</sup> De conformidad con el Decreto 3135 de 1968, «por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales», artículo 8º, «Los empleados públicos o trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, salvo lo que se disponga por los reglamentos especiales para empleados que desarrollan actividades especialmente insalubres o peligrosos [...]»

<sup>35</sup> «Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional»

<sup>36</sup> Expediente 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015), C. P. Carmelo Perdomo Cuéter.

reconocimiento y pago de las cesantías y aportes a la seguridad social nace únicamente con ocasión de la sentencia que declara la existencia de la relación laboral, en consecuencia es a partir de este momento que surge la obligación a cargo de la entidad accionada de reconocer y pagar el auxilio de la cesantía, sólo en el evento que no hubiese realizado su reconocimiento y pago, por lo que resulta improcedente la reclamación de la indemnización moratoria<sup>37</sup>.

En atención a la solicitud del **reconocimiento pos permanencia del cargo** no se acredita en el plenario que la no continuidad en la suscripción de los contratos estuviese precedida en alguna violación de derechos de la demandante, pues, si accedió a la administración mediante contrato de prestación de servicios, también podía prescindirse de sus servicios, máxime que obedeció a una causal objetiva, como lo es, **la finalización de su último contrato**; con todo, la nulidad del acto demandado no le concede a la demandante la condición de empleado pública.

En cuanto a la solicitud de devolución del importe pagado sobre las cotizaciones en forma retroactiva por **concepto de salud, pensión, riesgos profesionales y caja de compensación familiar que debieron ser cancelados** no se realizarán devoluciones por falta de afiliación, conforme a la tercera regla de unificación determinada por el máximo órgano de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en su reciente sentencia del 9 de septiembre de 2021 citada en líneas anteriores.

#### **4.5 Prescripción.**

El Consejo de Estado mediante sentencia de unificación,<sup>38</sup> de fecha 16 de agosto de 2016, estableció unas reglas jurisprudenciales concernientes a la prescripción, entre las cuales se encuentran:

- La persona que pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y como consecuencia el pago de las prestaciones sociales deberá reclamarlo en el término de tres (3) años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

---

<sup>37</sup> Véase sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

- No aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, lo que no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el contratista, por ser un beneficio económico que no influye en el derecho pensional, como *tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
- No hay caducidad en la reclamación de los aportes pensionales al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad.

Así las cosas, para el Despacho en el presente asunto observa que no opera el fenómeno de la prescripción en relación al reconocimiento y pago de los emolumentos y prestaciones sociales reclamadas, toda vez, que conforme a las reglas anteriormente enunciadas, el señor Gamba Rodríguez prestó sus servicios hasta el día **31 de julio de 2018**, elevó reclamación administrativa el **6 de diciembre de 2019 bajo el radicado 2019-422025415-2**, y radicó la demanda el **12 de agosto de 2020**, es decir, dentro del término de los tres (3) años contados a partir de la terminación del contrato 2003.

En ese orden, pese a que existió una interrupción del contrato, como la reclamación del derecho se efectuó dentro de los tres años se tiene que no hay lugar a declarar prescripción.

#### **4.6. Costas**

La Instancia no condenará en costas a la entidad accionada, teniendo en cuenta que el artículo 188 del CPACA, no exige la condena en sí misma, sino el pronunciamiento por parte del operador judicial y teniendo en cuenta que este Despacho no encontró respecto a la parte vencida conducta reprochable, no se hace necesaria la sanción.

Analizada la demanda, su contestación, el material probatorio allegado al informativo, decretado y practicado, así como las alegaciones de las partes, frente a la normatividad aplicable al caso controvertido y al criterio que ha sostenido esta jurisdicción sobre el tema de que se trata, se llega a la conclusión **QUE DEBEN SER**

### **ACOGIDAS PARCIALMENTE LAS SÚPLICAS DE LA DEMANDA.**

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 47 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO: Declarar no probada** la excepción de prescripción presentada en la contestación de la demanda.

**SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. Oficio 20192100217111 de 27 de diciembre de 2019**, en cuanto, negó al accionante la reclamación de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales entre el periodo comprendido del 16 de abril de 2009 al 31 de julio de 2018.

**TERCERO:** Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **condenar** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.** así:

**a) A reconocer, liquidar y pagar** al señor **EDWIN MAURICIO GAMBA RODRÍGUEZ** identificado con cédula de ciudadanía No. **80.251.266** todos los todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por un **Profesional Universitario Área de Salud, Código 237, Grado 12** del 16 de abril de 2009 al 5 de abril de 2017 y a partir del 6 de abril de 2017, lo devengado por un **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14**, en concordancia con **los artículos 3 y siguientes del Decreto 1045 de 1978 y el Decreto 471 de 1990**, valores respecto de los cuales **se debe descontar los emolumentos cancelados en ejecución de los diferentes contratos de prestación de servicios citados en esta providencia.**

**b)** En cuanto a la diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social, la entidad accionada deberá tomar el IBL de lo devengado por un **Profesional Universitario Área de Salud, Código 237, Grado 12** del 16 de abril de 2009 al 5 de abril de 2017 y a partir del 6 de abril de 2017 lo devengado por un **Profesional Universitario Área Salud, Código 237, Grado 14** mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes

realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

**c) Declarar** que el tiempo laborado por el actor, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.

**d)** Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada, tendrán que ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

$$R = R.H. \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la parte actora por concepto de prestaciones sociales, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice vigente en la fecha en que se causaron las sumas adeudadas, teniendo en cuenta los aumentos o reajustes producidos o decretados durante dicho período.

Es claro, que, por tratarse de pagos de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente mes por mes para cada asignación mensual, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la acusación de cada uno de ellos.

**CUARTO: Negar** las demás súplicas de la demanda por las razones expuestas.

**QUINTO:** La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

**SEXTO: NEGAR la prosperidad de la excepción de Prescripción.**

SEPTIMO: Sin costas en la instancia.

**OCTAVO:** Ejecutoriada esta sentencia, archivar el expediente, dejando las constancias del caso.

*Expediente No. 11001334204720200019200*

*Medio de Control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho*

*Demandante: Edwin Mauricio Gamba Rodríguez.*

*Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.*

*Providencia: Sentencia*

---

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE<sup>39</sup>, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ  
JUEZ**

---

<sup>39</sup> [rogubravos@hotmail.com](mailto:rogubravos@hotmail.com); [defensajudicial1@subredsuroccidente.gov.co](mailto:defensajudicial1@subredsuroccidente.gov.co);  
[defensajudicial@subredsuroccidente.gov.co](mailto:defensajudicial@subredsuroccidente.gov.co); [zmladino@procuraduria.gov.co](mailto:zmladino@procuraduria.gov.co).

**Firmado Por:**  
**Carlos Enrique Palacios Alvarez**  
**Juez Circuito**  
**Juzgado Administrativo**  
**047**  
**Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **218719f703eb330d3be1eda138312f353cfe340e050c10f3509443d8e963b27f**

Documento generado en 06/12/2022 04:30:50 PM

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