

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**
Demandante : **LUÍS EDUARDO BENAVIDES MORA**
Demandado : **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E**
Radicación : **11001334204720190046600**
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 **LUÍS EDUARDO BENAVIDES MORA**, actuando mediante apoderado judicial contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E**

1.1.2. PRETENSIONES¹

“...PARTE DECLARATIVA:

Comendidamente solicito declarar la nulidad de los siguientes Actos Administrados:

3.1 Oficio número 20191100144881 del 9 de mayo de 2019, suscrito por la Doctora **LAURA V. GRAZZIANI GONZÁLEZ**, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred demandada, con el cual se niegan las solicitudes contenidas en el escrito de Agotamiento de la reclamación administrativa radicada con el número 2019-422008021-2 del 10 de abril de 2019, encaminadas a obtener a favor de mi representado el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos de origen laboral, generados por el trabajo subordinado que desarrolló como **MÉDICO ANESTESIÓLOGO**, al servicio exclusivo del Hospital (sic) **HOSPITAL SANTA CLARA E.S.E.**

3.2 Oficio número 201911001167591 del 5 de junio de 2019 con el cual la Doctora **LAURA V. GRAZZIANI GONZÁLEZ**, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred demandada se niega a tramitar el Recurso de Reposición y por tanto de Apelación interpuesto por mi representado, contra la decisión negativa descrita en el numeral anterior.

3.3 Que mi mandante trabajó bajo la continuada dependencia y subordinación de la demandada, durante el periodo comprendido entre el 2 de junio de 2015 y el 9 de enero de 2018, mediante el cumplimiento y desarrollo personal de todas las funciones inherentes a los cargos de **MÉDICO ANESTESIÓLOGO** al servicio de la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** y por lo tanto existió una relación de trabajo entre las partes, regulada por el derecho público, donde la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.** obró como empleador y mi representado como empleado, bajo su dependencia y subordinación.

3.4 Que son ineficaces todas las cláusulas contractuales pactadas entre mi representado y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.**, tendientes directa e indirectamente a desconocer la verdadera y real relación de trabajo regulada por el Derecho Público, que nació a la vida jurídica y se mantuvo formalmente encubierta con la firma de diversos “Contratos” u “Órdenes de Prestación de Servicios”, suscritos durante el periodo comprendido entre el 2 de junio de 2015 y el 9 de enero de 2018 para invocar, como lo hace ahora, una supuesta relación, regulada por el Derecho Civil.

3.5 Que mi mandante tiene derecho al reembolso de todos los dineros que debió cancelar en nombre del empleador, por decisión patronal forzada, para poder suscribir cada uno de los mal denominados “Contratos” u “Órdenes” de Prestación de Servicios”; específicamente: aportes al Sistema de Seguridad Social, pólizas de garantía y/o retención en la fuente.

3.6 Igualmente, el trabajador demandante tiene derecho a que en su favor se reconozcan y paguen todas las prestaciones sociales irrenunciables previstas en la Constitución Política del País, en normas legales generales y especiales dictadas para los servidores públicos que como mi representado prestan servicios como **MÉDICO ANESTESIÓLOGO**; especialmente: la cesantía, intereses sobre la cesantía, bonificación por servicios prestados, vacaciones, primas de alimentación, de servicios, de servicios anual, de navidad, vacacional, quinquenios, subsidio familiar, afiliación y pago de aportes a los regímenes de Subsidio Familiar y de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, dotaciones (calzado y vestido de labor), auxilios de transporte y alimentación, y los demás derechos que resulten probados en el transcurso del proceso o previstos en el Régimen Especial que rige para los servidores públicos al servicio del Distrito Capital, más los aumentos salariales que se dispusieron cada año para los servidores del Estado.

3.7 Especialmente corresponden al demandante, los salarios causados por trabajo en días domingos y festivos en horas extras diurnas y nocturnas con los recargos respectivos.

3.8 Que se encuentra debidamente agotada la Reclamación Administrativa, en los términos del artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el trámite de conciliación extrajudicial que consagra el artículo 42 A de la ley 270 de 1996, adicionado mediante la ley 1285 de 2009.

¹ Ver expediente digital “01Demanda”

CONDENATORIAS:

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, comedidamente solicito condenar a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.**, a reconocer y pagar:

3.9 Mediante reembolso, el valor de todos los valores que, durante la vigencia de la relación de trabajo, debió cancelar al Doctor **LUÍS EDUARDO BENAVIDES MORA**, para la suscripción de cada uno de las órdenes y/o contratos de prestación de servicios. Concretamente los aportes al sistema de Seguridad Social, pólizas de garantía y descuentos por retención en la fuente.

3.10. Las diferencias que resulten a favor de mi mandante al aplicar los incrementos salariales dispuestos anualmente por el Gobierno Nacional para los servidores del Estado, de la misma condición y categoría del señor **BENAVIDES MORA** y no tenidos en cuenta a su favor.

3.11 Los salarios por el trabajo desarrollado en días domingo y festivos y tiempo extra realizado en días de descanso obligatorio en jornada diurna o nocturna, junto con sus recargos legales y la respectiva incidencia prestacional.

3.12 Los siguientes derechos irrenunciables: cesantía, intereses sobre la cesantía, bonificación por servicios prestados, vacaciones, primas de alimentación, de servicios anual, de navidad, vacacional, quinquenios, subsidio familiar, afiliación y pago de aportes a los Regímenes de Subsidio Familiar y de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, auxilios de transporte y alimentación, y los demás derechos que resulten probados en el transcurso del proceso o previstos en el Régimen Especial que rige para los servidores Públicos del Distrito Capital, más los aumentos salariales que se dispusieron cada año para los servidores del Estado, causados a favor de la demandante desde el 2 de junio de 2018 y el 9 de enero de 2018.

3.13 El valor equivalente a un día de salario por cada día de mora en la consignación y/o pago efectivo de la cesantía anual causada a favor del actor. Subsidiariamente, desde que se causó la cesantía definitiva.

3.14. El valor correspondiente o equivalente al Índice de Precios al Consumidor "IPC", o ajuste de valor certificado por el DANE, e intereses moratorios sobre las cifras que resulte adeudar la demanda, mes a mes, teniendo en cuenta lo ordenado por los artículos 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo, en armonía con lo dispuesto en el artículo 198 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 111 de la ley 510 de 1999, y las sentencias T-418 de 1996 y C-188 de 1999.

3.15 Al pago de costas procesales y agencias en derecho.

PETICIÓN ESTRICAMENTE SUBSIDIARIA:

En caso de que se considere que no es posible despachar en forma favorable las pretensiones condenatorias, en la forma señalada, respetuosamente solicito ordenar el reconocimiento de la siguiente subsidiaria:

Pagar el equivalente a Mil (1000) salarios mínimos legales mensuales o el valor que el Tribunal determine, por los daños y perjuicios que se le hayan causado al demandante, teniendo en cuenta que durante más de dos años (sic) años, laboró en forma subordinada e ininterrumpida para el Estado Colombiano, cumpliendo en forma subordinada e ininterrumpida para el Estado Colombiano, cumpliendo en su nombre una fusión como "**MÉDICO ANESTESIÓLOGO**", sin la correspondiente remuneración, que para los trabajadores colombianos de su categoría y condición, ha previsto la legislación, con evidente desconocimiento de sus derechos mínimos fundamentales y riesgos profesionales, con perjuicio directo para sus expectativas pensionales.

1.1.3. HECHOS²

Los principales hechos se resumen así:

² Ver expediente digital "08ReformaDemanda" hoja 5.

- 1.1.4 El accionante fue vinculado por la Dirección de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E bajo la figura de contrato de prestación de servicios como Médico Anestesiólogo para realizar las actividades, procedimientos, diagnósticos y terapéuticos para el manejo de patologías establecidos dentro del plan de atención de la especialidad, entre otros.
- 1.1.5 El periodo de contratación del accionante fue del 2 de junio de 2015 al 9 de enero de 2018.
- 1.1.6 Durante la prestación del servicio, al demandante se le pagó por sus servicios las cantidades pactadas en los contratos, de manera mensual, previa exigencia de afiliación al Sistema de Seguridad Social y el pago al día.
- 1.1.7 El día 10 de abril de 2019 el accionante elevó solicitud de reconocimiento y pago las prestaciones, teniendo en cuenta la configuración de un contrato realidad bajo el consecutivo 2019-422-008021-2.
- 1.1.8 La Oficina Asesora Jurídica de la Subred Centro Oriente E.S.E, denegó el requerimiento anterior a través de Oficio 20191100144881 del 9 de mayo de 2019.
- 1.1.9 El accionante mediante memorial del 23 de mayo de 2019 sustentó recurso de reposición en subsidio apelación frente a la negativa comunicada por la entidad.
- 1.1.10 Mediante oficio 20191100167591 del 5 de junio de 2019, la Subred Centro Oriente E.S.E informó al actor que frente al acto administrativo atacado no procede recurso alguno, por lo tanto, la respuesta a las pretensiones efectuadas se encuentra en firme.
- 1.1.11 El accionante presentó solicitud de conciliación extrajudicial bajo radicado el 24 de julio de 2019, radicado 19-145 (432706) ante la Procuraduría 87 Judicial I para asuntos administrativos, declarando falta de ánimo conciliatorio entre las partes convocadas en la audiencia celebrada el 23 de agosto de 2019.

1.1.4. Normas Violadas.

De orden Constitucional:

Artículos 1º, 2º, 13, 25, 53, 58, 113, 123, 189 y 336.

De orden legal.

Código Civil, artículo 8, ley 153 de 1887, artículo 80, Decreto 2400 de 1968, Decreto ley 3135 de 1968, artículo 5º, Decreto 1042 y 1045 de 1978, ley 80 de 1993, artículo 32, Decreto ley 1421 de 1993 y acuerdo 641 de 2016.

2. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1 Demandante:

La posición de la parte demandante se extrae del contenido en libelo introductorio de la acción “*CONCEPTO DE VIOLACIÓN*”³ así:

En observancia en la constitución política, ley 100 de 1993 artículos 4,48,49,195 en concordancia al Acuerdo 641 de 2016, el extinto Hospital Santa Clara E.S.E, la entidad demandada se encontraba en la obligación del contratar el personal asistencial, profesional, técnico y administrativo para el cumplimiento del servicio público a su cargo.

Así las cosas, entre al Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, existió una verdadera relación laboral a la luz del artículo 32 de la ley 80 de 1993, al ejecutarse por parte del contratista funciones propias de la entidad como médico anesthesiólogo, al cual, durante la relación contractual se le suministraron herramientas y dotación para el desarrollo de sus actividades, sometido a las directrices impartidas por sus superiores, con ausencia de autonomía en los términos de la sentencia C-154 de 1997, asignación de turnos y cronogramas, el modo y cantidad de trabajo asignado, ya que el contratista no determinaba de forma autónoma a quién debía la prestación de servicio de salud, ejerciendo funciones de servicio público en los términos del artículo 123 de la constitución y artículo 5º del Decreto ley 3135 de 1968.

Con fundamento en la prestación de servicios del señor Benavides Mora como médico anesthesiólogo por más de 2 años dentro de la entidad, se hace alusión a la protección especial al trabajo regulada en los artículos 25 y 53 de la constitución política, artículo 7 y 39 del Decreto 2400 de 1968, Decreto 1421 de 1993.

Finalmente, se concluye que el actor fue víctima de la práctica y costumbre de las entidades frente a la utilización de contratos de prestación de servicios, en detrimento de sus condiciones como trabajador.

2.2. Demandada:

La posición de la demandada, se encuentra establecida en la contestación presentada el 3 de agosto de 2020⁴ en la que se hace alusión al numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993 que habilita a las entidades estatales a contratar con personas naturales o jurídicas la ejecución de ciertas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de una entidad pública siempre que tales actividades no puedan ser cumplidas por los servidores públicos que laboran en la entidad o en el caso que para su cumplimiento se requieran conocimientos especializados con los que no cuentan tales servidores.

³ Ver expediente digital “01Demanda” hoja 15-24.

⁴ Ver expediente digital “07Contestacion20200803”

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-154 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara, analizó las características de los contratos de prestación de servicios, precisando que una de ellas es que la prestación de un servicio 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 ejercidas de forma autónoma, en armonía con la sentencia C-713 de 2009.

En suma, dentro de estos contratos la coordinación de actividades y el cumplimiento de un horario son elementos necesarios para llevar a cabo los fines de la contratación, sin que esto implique la existencia de una relación laboral, ya que la profesión de médico anesthesiólogo es autónoma e independiente impidiendo dar instrucciones en torno a la labor encomendada en estricto cumplimiento del artículo 1º y 9 de la ley 6 de 1991, siendo indispensable la aplicación del principio "pacta sunt servanda", regulado en el artículo 1602 del Código Civil.

Frente a la solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales se solicita la aplicación de la prescripción trienal según lo prescrito en el Decreto 3135 de 1968, a partir de la terminación de la suscripción de alguno de los contratos.

3. TRAMITE PROCESAL.

La demanda fue asignada por reparto a esta sede judicial el 22 de octubre de 2019 siendo admitida mediante auto del 17 de enero de 2020⁵; notificada a las partes por secretaría el 28 de enero de 2020.

Vencido el término del traslado, la entidad accionada allegó contestación de demanda el 3 de agosto de 2020⁶. Continuando con la actuación procesal, se fijó audiencia inicial el día 4 de mayo de 2021⁷, decretándose las pruebas de oficio y aquellas solicitadas por las partes, fijándose fecha para audiencia de pruebas el día 28 de mayo de 2021⁸.

Finalmente, mediante auto de 28 de marzo de 2023⁹ se declaró precluida la etapa probatoria, y se concedió el término de diez (10) días para que las partes

⁵ Ver expediente digital "03AutoAdmite"

⁶ Ver expediente digital "07Contestacion20200803"

⁷ Ver expediente digital "18ActaAudienciaInicial"

⁸ Ver expediente digital "27ActaAudienciaPruebas"

⁹ Ver expediente digital "57AutoAlegatos"

presentaran sus alegaciones finales y se indicó que vencido el término anterior se preferiría el fallo, conforme a lo dispuesto en el inciso final artículo 181 del C.P.A.C.A.

3.1. Alegatos de conclusión parte demandante:

El día 12 de abril del año en curso, el apoderado de la parte de actora presentó alegatos de conclusión en tiempo¹⁰, reiterando los planteamientos de la demanda concluyendo:

- Que el Doctor Edgar Uriel Jara y la enfermera Martha Stella González eran los líderes de las funciones de quirófano quienes programaban la ejecución del servicio de acuerdo a las necesidades de la entidad, supervisaban y daban instrucciones al demandante en relación a las funciones contratadas.
- Existían 5 médicos anesestesiólogos de planta.
- Se le suministraron elementos que lo identificaban como trabajador de la entidad.
- Contaba con un correo electrónico institucional, a través del cual recibía instrucciones, programaciones de turnos, ordenes de trabajo en jornadas adicionales, información sobre capacitaciones de asistencia obligatoria, entre otra información que se entregaba a todo el personal, indistintamente de su "tipo de vinculación".
- Debía reportar con antelación el posible incumplimiento del cronograma asignado a sus jefes inmediatos, ya que se trataba de actividades permanentes, continuas y fundamentales.
- Asistencia obligatoria a capacitaciones.

Situaciones descritas por el actor en el interrogatorio de parte decretado por el Despacho.

3.2. Alegatos de conclusión entidad demandada:

Vencido el término, la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, no presentó alegatos de conclusión.

3.3. Ministerio Público:

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

¹⁰ Ver expediente digital "59AlegatosDemandante"

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

4. 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.

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

*“...La fijación del litigio: consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor **Luís Eduardo Benavides Mora** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E**, se desnaturalizaron en una relación laboral que implica para el demandante el derecho a percibir las prestaciones sociales reclamadas o si por el contrario, en el presente caso no concurren los elementos de una relación laboral...”*

A continuación, 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.” (Subraya 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.

4.3 Jurisprudencia en general sobre la contratación de prestación de servicios.

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...”¹¹ (Negrilla y subraya del Despacho)

De forma reiterativa el Consejo de Estado, mediante sentencia de 01 de marzo de 2018¹², estableció frente a los elementos del contrato de prestación de servicios independientes, la importancia de la subordinación así:

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-174 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹² 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 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:

- la prestación personal del servicio.
- la continua subordinación y dependencia laboral
- 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.

4.4 Sentencias de unificación de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sobre contrato realidad.

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 2016¹³, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

4.1.1 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.

¹³ 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)

4.4.2 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.

4.4.3 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.

4.4.4 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).

4.4.5 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.

4.4.6 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).

4.4.7 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.

4.5 Finalmente, en sentencia de unificación del 9 de septiembre de 2021¹⁴, la Sección Segunda del Consejo de Estado unificó la posición sobre:

- la temporalidad,
- el término de solución de continuidad entre contratos
- 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***

¹⁴ C.E., Sec. Segunda, Sent. 2013-01143-01, SUJ-025-CE-S2-2021, sep. 9/2021.

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 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.

4.6 Sobre la prohibición constitucional de recibir doble remuneración del erario público:

El artículo 128 de la Constitución Política de 1991 señala sobre la prohibición de recibir más de una asignación pública, lo siguiente:

“ARTICULO 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas.”

Las excepciones a la prohibición constitucional de desempeñar más de un empleo público y de recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, fueron establecidas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, que a su tenor dice:

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

a) Las que reciban los profesores universitarios que se desempeñen como asesores de la Rama Legislativa;

b) Las percibidas por el personal con asignación de retiro o pensión militar o policial de la Fuerza Pública;

c) Las percibidas por concepto de sustitución pensional;

d) Los honorarios percibidos por concepto de hora-cátedra;

***e) Los honorarios percibidos por concepto de servicios profesionales de salud;** (Subrayado fuera de texto)*

El Decreto 872 de 2 de junio de 1992¹⁵ reiteró la prohibición contenida en el artículo

¹⁵ “Por el cual se fijan las escalas de remuneración de los empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional y se dictan otras disposiciones en materia salarial”.

128 superior y las excepciones consagradas en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992:

(...)

Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del Tesoro Público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado. Exceptúense las asignaciones de que trata el artículo 19 de la Ley 4a. de 1992”

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

Posteriormente, mediante la Ley 269 de 1996¹⁶ el Congreso permitió que el personal asistencial que presta directamente servicios de salud tuviera la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público, indicando lo siguiente:

(...)

ARTÍCULO 1o. CAMPO DE APLICACIÓN. La presente Ley se aplica a todo el personal de salud que cumpla en forma directa funciones de carácter asistencial en entidades prestadoras de servicios de salud, sin perjuicio del sistema de salud que se rija.

(...)

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

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

Ahora bien, en cuanto al concepto de concurrencia, entendida ésta como la “Coincidencia, concurso simultáneo de varias circunstancias”, en los términos del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, valga indicar que el artículo 3º de la Ley 269 de 1996, dispone lo siguiente:

(...)

ARTÍCULO 3o. CONCURRENCIA DE HORARIOS. Prohíbese la concurrencia de horarios, con excepción de las actividades de carácter docente asistencial que se realicen en las mismas instituciones en las cuales se encuentre vinculado el profesional de la salud, y que por la naturaleza de sus funciones, ejerza la docencia y la prestación directa de servicios de salud.

¹⁶ “Por la cual se regula parcialmente el artículo 128 de la Constitución Política, en relación con quienes prestan servicios de salud en las entidades de derecho público”.

4.7 Prescripción.

El Consejo de Estado mediante sentencia de unificación,¹⁷ 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.
- 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.

5. 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.

El señor Benavides Mora, pretende que se declare la nulidad de los oficios 20191100144881 del 9 de mayo de 2019 y 20191100167591 del 5 de junio de 2019, que negaron la declaración de existencia de una relación laboral surgida desde el 2 de junio de 2015 al 9 de enero de 2018, que en su sentir, generó con la prestación del servicio que realizó en calidad de MÉDICO ANESTESIÓLOGO en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente 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.

¹⁷Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, C.P. Carmelo Perdomo Cuéter, Exp.2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

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:

- La existencia de la prestación personal del servicio,
- La continuada subordinación laboral y,
- La remuneración como contraprestación.

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.

5.1. Prestación Personal del Servicio.

Del material probatorio documental obrante en el expediente, se resalta copia de los contratos de prestación de servicio¹⁸, adiciones y prorrogas contractuales, certificaciones emitidas por el área de contratación de la entidad, informes mensuales de actividades, relación de pagos, cronogramas, correos electrónicos remitidos desde el correo ufencirugia.hemodinamia@gmail.com entre otros, se puede determinar que el señor Benavides Mora suscribió de forma personal e indelegable con la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, los siguientes contratos de prestación de servicios:

CANTIDAD	NUMERO	DESDE	HASTA
1	1688-2015	2/07/2015	31/07/2015
Interrupción de 4 días hábiles			
2	1807-2015	10/08/2015	31/08/2015
Interrupción de 4 días hábiles			
3	2638-2015	7/09/2015	30/09/2015
Interrupción de 8 días hábiles			
4	2961-2015	14/10/2015	31/10/2015
Interrupción de 3 días hábiles			
5	3447-2015	6/11/2015	30/11/2015
6	4454-2015	1/12/2015	31/12/2015
7	0759-2016	1/01/2016	9/01/2017
8	PS-0788-2017	10/01/2017	9/01/2018

¹⁸ Ver expediente digital "02AnexosDemanda", "AnexosRespuesta20211207" "AnexosRespuesta20220419".

Una vez revisada la documentación, se evidencia que la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E con el fin de garantizar la eficaz y eficiente ejecución de sus actividades misionales, requirió la contratación de un MÉDICO ANESTESIÓLOGO, **suscribiendo 8 contratos de prestación de servicios** con el señor Benavides Mora, los cuales, fueron ejecutados de manera personal, desde el **2 de julio de 2015 al 9 de enero de 2018**, sin interrupciones mayores a 30 días hábiles entre uno y otro contrato.

Actividades contratadas

De conformidad con las actividades anotadas en los contratos de prestación de servicios, se indica la obligación de prestar servicios profesionales como MÉDICO ANESTESIÓLOGO dentro de los diferentes procesos y procedimientos de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. de acuerdo a las necesidades de la Institución, al igual que las siguientes¹⁹:

- Devolver al área de Talento Humano el carné que lo identifica como contratista del hospital a la terminación de la oren contractual.
- Informarse y evaluar los pacientes hospitalizados en el servicio para definir acciones y optimizar el manejo.
- Desarrollar las actividades, según el plan de ejecución.
- Realizar las acciones médico quirúrgicas necesarias (en urgencia, consulta externa, Hospitalización y cirugía) para el mejoramiento de la salud de los pacientes.
- Registro de historia clínica.
- Evaluar las acciones médicas ejecutadas durante el servicio y ajustar conductas.
- Registrar actividades de acuerdo al sistema de información.
- Prestación del servicio con calidad, con la integración de las diferentes especialidades médico quirúrgicas.
- Realizar actividades de educación continuada, dirigida a los estudiantes y al personal del servicio, para el desarrollo y recurso humano en salud.
- Realizar análisis de morbi-mortalidad y auditoría que promuevan procesos de mejoramiento continuo.
- Socializar y mantener actualizadas las guías de manejo, procesos y procedimientos, para unificar criterios en el manejo del paciente.
- Hacer uso racional de los recursos, bienes y servicios, so pena de descuento en los honorarios percibidos.

¹⁹ Ver contrato 1688 de 2015. Expediente digital "02AnexosDemanda" hoja 56-57.

- Manejo confidencial de la información.
- Seguimiento de normas de seguridad, calidad, gestión ambiental, seguridad y salud.
- Cumplir las políticas, protocolos, guías, procedimientos, normas de seguridad industrial, salud en el trabajo.
- Participación capacitaciones y en el desarrollo en los procesos de sistemas de gestión de calidad, ambiental, habilitación, acreditación.

5.2. Pago Mensual del Servicio Contratado.

La Dirección de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, relacionó los siguientes pagos a favor del señor Benavides Mora²⁰:

CANTIDAD	VALOR
1	\$ 11.263.980
2	\$ 6.065.220
3	\$ 10.397.520
4	\$ 10.397.520
5	\$ 9.964.290
6	\$ 4.982.145
7	\$ 112.042.809
8	\$ 121.882.000
TOTAL	\$ 286.995.484

5.3. Continuada Subordinación y dependencia.

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

- Petición radicada por el accionante el 10 de abril de 2019 bajo el consecutivo 2019-422-008021-2, referencia "*Ejercicio del derecho de petición en Interés particular, Agotamiento de la Reclamación Administrativa e interrupción de la prescripción de derechos laborales ciertos e irrenunciables*", solicitando a la entidad accionada el reconocimiento de prestaciones sociales en atención a los servicios prestados como MÉDICO ANESTESIÓLOGO en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E²¹.
- Respuesta a la petición anterior, mediante el oficio del 9 de mayo de 2019, Radicado 20191100144881 "*Respuesta Reclamación Administrativa*" Radicado N° 2019350008362-14/04/2019, emitido por la Jefe Oficina Asesora Jurídica²².

²⁰ Ver expediente digital "01Demanda" hoja 95-97.

²¹ Ver expediente digital "02AnexosDemanda" hoja 345-354.

²² Ver expediente digital "02AnexosDemanda" hoja 355-368.

- Escrito dirigido por el actor el día 15 de noviembre de 2017, por medio del cual solicita al Gerente General del Hospital Santa Clara, "*asunto Solicitud Corregir Programación de Turnos como Anestesiólogo*", debido a la disminución de horas asignadas sin justificación²³.
- Oficio 20172200093661 del 17 de noviembre de 2017, por medio del cual se informa por parte de la Directora Técnica de Hospitalización de la Subred, que la programación mensual se concierta con el supervisor del contrato, con modificaciones derivadas de la disponibilidad del contratista con remuneración variable²⁴.
- Cuadros de turnos mensuales correspondientes a las anualidades 2015,2016, 2017 y 2018, a través de los cuales se asigna la programación de cada uno de los profesionales en salud dentro de las salas de cirugía, en horarios de mañana, tarde y noche, de forma generalizada entre contratistas y funcionarios de planta²⁵.
- Se allegan certificaciones, adiciones, prorrogas y contratos emitidos por el área de contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente, en las que se hace constar la celebración de contratos sucesivos de prestación de servicios **CON ÁNIMO DE PERMANENCIA (por más de 2 años, 6 meses y 7 días)** como MÉDICO ANESTESIÓLOGO suscritos entre el señor Benavides Mora con la hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E desde el 2 de julio de 2015 al 9 de enero de 2018, sin interrupción alguna superior a 30 días hábiles.
- Dentro de sus obligaciones como contratista se pacta el deber de pagar salud y pensión al sistema de protección social, como requisito previo al pago de honorarios dentro de cada contrato²⁶.
- Como parte del objeto contractual se obliga al demandante a ejecutar las actividades contratadas bajo los estándares de calidad, cantidad, modo, tiempo y organización, impuestos por la entidad hospitalaria de acuerdo a los planes de atención en salud, protocolos, formatos, cronogramas, agendas, directrices, y coordinación por parte la Subred Centro Oriente E.S.E, atendiendo a la regulación vigente en salud pública, asistencia obligatoria a capacitaciones, cumplimiento de las actividades de acuerdo cronograma establecido por el área de UFEN CIRUGÍA, cumplimiento de

²³ Ver expediente digital "02AnexosDemanda" hoja 88.

²⁴ Ver expediente digital "2AnexosDemanda" hoja 90.

²⁵ Ver expediente digital "AnexoRespuesta20220419"

²⁶ Ver expediente digital "25CertificadoAportesNuevaEPS" Y "45RespuestaPorvenir"

manuales, instructivos, protocolos, procesos y procedimientos institucionales, servicio humanizado al usuario, presentación de informes, seguimiento de los procedimientos de gestión de calidad, ambiental, habilitación, acreditación, velar por el buen uso de equipos y elementos de trabajo administrados por el hospital, reporte de actividades, entre otros.

- Mediante el correo ufencirugia.hemodinamia@gmail.com se emitieron múltiples directrices durante la relación del vínculo contractual con el fin de controlar, la cantidad, el modo y la forma en que se debían ejecutar las actividades en cabeza del anesthesiólogo Luís Eduardo Benavides Mora correo lbenavidesmora@yahoo.com, entre las cuales encontramos las siguientes²⁷:
 - Oferta de turnos mensuales.
 - Asistencia obligatoria a capacitaciones en el uso de dosímetros, reacción adversa transfuncional, curso de radioprotección, capacitación denominada error en la comunicación en los equipos de salud, en Políticas Seguridad y Salud en el trabajo y prevención de consumo de Tabaco, Alcohol y Drogas, capacitación en prevención disciplinaria y colectiva dirigida personal de descripciones quirúrgicas dictada por Control Interno.
 - Instrucciones y protocolos dados de forma continua vía electrónica en los que se previene sobre el uso adecuado de antibióticos a través del debido diligenciamiento de formatos, la manera en que deben ser prescritos los medicamentos a través de formularios, forma de manejar el dilema ético para el tratamiento de un paciente, enviado por la Subdirectora Científica, apertura y cierre de quirófanos para cirugía, llamados de atención respecto al uso de equipos biomédicos, guías o protocolos para anestesia, valoración de preanestésica, anestesia general, anestesia pediátrica, manejo procedimientos NO POS, socializaciones de manuales para el comportamiento del equipo médico en quirófano, diligenciamiento formatos tecnología NO POS, auditorías clínicas, diligenciamiento del consentimiento informado para pacientes sin red de apoyo, diligenciamiento certificados de defunción, guía de manejo inicial para primer respondedor en caso de ataques con agentes químicos, recomendaciones frente al uso y administración de anestesia general por falta de disponibilidad de camas, recomendación farmacológica (Morfina)-Seguridad del Paciente, forma diligenciamiento de historias clínicas, los procedimientos de solicitudes y respuesta de interconsultas, directrices frente a la falta de insumos dentro del

²⁷ Ver expediente digital "02AnexosDemanda" hoja 158-321.

hospital, recomendaciones farmacológicas, socialización de los resultados de la entidad respecto al cumplimiento del objetivo misional, guía de manejo farmacológico artritis reumatoide, retroalimentación del Recomendación Farmacológica (Morfina)-Seguridad del Paciente, retroalimentación del Modelo de Atención Integral, socialización de cambio de logo y mapa de procesos.

- Se le notifican al actor beneficios administrativos como parte de la comunidad hospitalaria, como ruta de transporte unidades de la Subred, actividades de amor y amistad, entrega de batas, lineamientos de bienestar en las entidades del Distrito, uso de parqueaderos, invitaciones a la unidad de investigación, celebración del día del médico.

Sobre las actividades ejecutadas por la accionante al interior de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E

Partiendo de las actividades relacionadas en líneas anteriores, se aporta como prueba en el expediente, Manual de Funciones Acuerdo 09 de 2017 "*Por el cual se aprueba el manual de funciones y competencias para la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E. y se dictan otras disposiciones*", en el que se encuentra el perfil de Médico Especialista, Código 213, grado 32, cuyo propósito principal dentro de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E es ejecutar y aplicar conocimientos especializados para la consulta, diagnóstico, intervención, tratamiento, promoción, prevención y rehabilitación de la salud del paciente de acuerdo con la normatividad vigente y la política Distrital, entre otras funciones como las siguientes²⁸:

(...)

1. *Atender al paciente y efectuar los trámites, procesos y procedimientos requeridos para la consulta, valoración, diagnóstico, intervención, tratamiento, rehabilitación, promoción y prevención de la salud según la especialidad del servicio a cargo de la Dependencia a la cual se encuentra asignado, de acuerdo con los objetivos y metas establecidos, el modelo de atención en salud, y la normatividad vigente.*
2. *Preparar y orientar al paciente y sus familiares según la especialidad sobre los procedimientos, condiciones, derechos, deberes y requisitos en la prestación del servicio a cargo de la dependencia de acuerdo con la normatividad vigente y de manera integral y oportuna.*
3. *Efectuar los registros de datos y estadísticas requeridos en la prestación de servicios de salud de acuerdo con el manejo de los sistemas de información, historias clínicas, bases de datos y formatos establecidos por la E. S. E., según la normatividad vigente y de manera articulada, confiable y oportuna.*
4. *Realizar vigilancia epidemiológica en la prestación del servicio en salud al cual se encuentra asignado, permitiendo la ejecución y fortalecimiento del plan de intervención individual y colectivo, de conformidad con el procedimiento establecido.*

²⁸ Ver expediente digital "46RespuestaSubRed"

5. Realizar los trámites, remisiones, procesos y procedimientos propios de la interconsulta y del proceso de referencia y contrareferencia de pacientes de acuerdo con el modelo de prestación de servicios de salud, la patología, el plan de tratamiento y la normatividad vigente.
6. Efectuar los exámenes, estudios, investigaciones, informes, indicadores de gestión, eficiencia técnica, calidad y productividad, así como los demás documentos que sean requeridos para la evaluación y mejoramiento del servicio de salud de acuerdo con las metas y objetivos establecidos.
7. Cumplir a cabalidad las normas de bioseguridad, protección y seguridad en la realización de los procesos y procedimientos de acuerdo con la normatividad vigente.
8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo, el área de desempeño y las que le sean asignadas por el jefe inmediato.

Es así, verificadas la descripción de funciones esenciales y el perfil profesional acreditado del accionante en calidad de médico egresado de la Universidad Nacional, especialista en anestesiología y reanimación en España²⁹, resulta claro, que las funciones asignadas al demandante buscan el propósito principal de aquellas establecidas en el manual de funciones para el empleo denominado Médico Especialista, código 213 grado 32.

De igual forma, se aporta certificación emitida por la Directora Operativa de Talento Humano de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, a través de la cual se deja constancia de los emolumentos devengados por un médico especialista, durante el periodo comprendido entre el año 2015 al 2018, así³⁰:

FACTORES SALARIALES	2015	2016	2017	2018
ASIGNACION BASICA	4,784,820	5,180,524	5,550,932	5,850,128
PRIMA SEMESTRAL	-	6,389,313	6,846,149	7,215,158
BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS	-	1,813,183	1,942,826	2,047,545
FACTORES PRESTACIONALES	2015	2016	2017	2018
BASE PRIMA	4,784,820	5,864,065	6,283,347	6,622,020
PRIMA DE VACACIONES	-	2,932,033	3,141,673	3,311,010
PRIMA DE NAVIDAD	4,784,820	6,108,401	6,545,153	6,897,937
BONIFICACION ESPECIAL DE RECREACION	-	390,938	418,890	441,468
CESANTIAS	5,183,555	6,617,435	7,090,582	7,472,765
INTERESES A LAS CESANTIAS	622,027	794,092	850,870	896,732

En síntesis, se encuentra plenamente demostrada la existencia del cargo de médico especialista en anestesiología dentro de la institución hospitalaria hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E.

²⁹ Ver expediente digital "HVLuisEduardoBenvidesMora" "AnexosRespuesta2022419"

³⁰ Ver expediente digital "AnexosRespuesta20220419" Factores Salariales.

5.4. Interrogatorio de Parte.

En audiencia de pruebas del 28 de mayo de 2022³¹, se recibió el interrogatorio de parte solicitado por la entidad accionada del señor Benavides Mora en los siguientes términos:

De profesión, médico cirujano de la Universidad Nacional de Colombia, especializado en España como anestesiólogo, título homologado en Colombia, residente en la ciudad de Bogotá, quién ha prestado servicios como médico anestesiólogo en Pasto en el Seguro Social, para el año 2000, hasta el año 2003; ejerció como anestesiólogo en España desde el 2004 hasta el 2009; anestesiólogo del Hospital Departamental de Nariño en el 2010, laboró como anestesiólogo de 2010 a 2014 en el Hospital Universitario Clínica San Rafael en la ciudad de Bogotá y en los últimos años, a partir del año 2018 como médico anestesiólogo en la Clínica Cafam de la ciudad de Bogotá, sin reconocimiento de pensión a la fecha; explica al Despacho que fue vinculado en la entidad demandada de forma a través de órdenes de prestación de servicio desde el 2 de junio 2015 hasta el 9 de enero de 2018, asumiendo el pago mensual de aportes a pensión, salud y ARL en calidad de médico anestesiólogo para el pago de honorarios; prestación de servicios realizada de forma continua, sin interrupción. En sus días libres en el Hospital Santa Clara y de forma ocasional dentro del periodo del 2 de junio 2015 hasta el 9 de enero de 2018 apoyaba los servicios en la Clínica Cafam de la Ciudad de Bogotá en la calle 51 en unas horas específicas sin vinculación contractual o de planta.

Se describe que fueron ejecutadas las actividades propias de anestesiología en quirófano, conducir la anestesia dentro de los procedimientos quirúrgicos, valoración del estado de salud del paciente con anterioridad para iniciar el procedimiento quirúrgico previa autorización a la sala de cirugía, verificación del correcto funcionamiento de la máquina de anestesia, lista de chequeo, monitorización del paciente, asistencia en procedimientos de vía aérea, asistencia en situaciones de urgencias o en otra área del hospital, verificación de la salida del paciente POS anestesia, esto con base a las necesidades del paciente y el cirujano; actividades adelantadas a través de las herramientas suministradas por la institución, identificándose como médicos de la Subred a través de un carné institucional, para el cumplimiento de dichas funciones el líder de funciones de quirófano asignaba mensualmente una secuencia de turnos de 6 horas durante la mañana y la tarde y de 12 horas durante la noche, de acuerdo a las necesidades en quirófano o de la institución. Dentro del último periodo de contratación en el año 2017 el Líder de quirófano fue Edgar Uriel Jara y con anterioridad a este, la

³¹ Ver expediente digital "27ActaAudienciaPruebas"

enfermera Martha Estela González, quienes también eran supervisores de los contratos suscritos y daban órdenes al actor a través del correo ufencirugia.hemodinamia@gmail.com, como cubrir incapacidades de médicos de planta, programación mensual, horarios, carga laboral del mes, horas asignadas y pago de honorarios proporcionales al tiempo contratado, que pacientes debían ser operados, tipos de cirugía a realizar, dotación de insumos solicitados, capacitaciones como atención a víctimas de violencia sexual, que a pesar de no tener relación directa con las funciones ejecutadas por el señor Benavides Mora, era dadas a todo el personal de la Subred Centro Oriente. Se indica que en octubre de 2017, el Dr. Edgar Uriel efectuó disminución de los turnos asignados al demandante para darle preferencia a otros profesionales de la salud, razón por la cual el señor Benavides Mora elevó un escrito para que se corrigiera tal situación y no se redujera la asignación de horas laboradas.

Existían 5 personas en calidad de médicos anesthesiólogos de planta en el mismo quirófano del Hospital, quienes tenían a su cargo las mismas funciones desarrolladas por los médicos vinculados por contrato de prestación de servicios, en la misma intensidad horaria que eran 7 u 8 personas durante el periodo de contratación del señor Benavides Mora. Como médicos anesthesiólogos de planta se menciona al Dr. Álvaro Valbuena, el Dr. Edison Charri, el Dr. Pedro Herrera y la Dra. Marcela Hernández a quienes se les reconocía todas las prestaciones sociales.

Se explica por el señor Benavides Mora, que para ausentarse dentro de los turnos asignados por la Subred como médico anesthesiólogo, debía comunicar dicha situación de forma previa a sus jefes inmediatos la cual debía ostentar un grado de importancia, como lo es una situación médica o familiar. Con relación a los llamados de atención efectuados al contratista, se menciona que este en su calidad de médico fue llamado a presentar informe en relación a la atención de un paciente para deponer que falencias se pudieron presentar durante la ejecución de la prestación del servicio de salud. Situación que no implica la descalificación de las actuaciones realizadas como médico anesthesiólogo. En cuanto a la firma de los contratos, explica el interrogado que debía acceder a las condiciones plasmadas en los mismos ya que si no se aceptaban las condiciones pactadas no se podía laborar, afectando el pago de honorarios y continuidad contractual.

6. 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, informes

de actividades, funciones ejecutadas por el señor LUÍS EDUARDO BENAVIDES MORA, pruebas documentales, anexos e interrogatorio de parte se logra acreditar los servicios contratados en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E fueron prestados de forma personal **y que no era posible delegar dichas funciones contratadas a terceros por parte de la demandante, prohibido de forma expresa en las cláusulas contractuales.**

- Resulta claro, que era **necesario e indispensable** ajustarse a los cronogramas y directrices del área de UFEN cirugía y anestesia de la Subred Integrada de Servicios de Salud, para la prestación de carácter misional, formatos, protocolos, capacitaciones y directrices; nótese, que tampoco era posible por parte del señor Benavides Mora ejecutar las funciones asignadas de forma autónoma, en razón a que dependía para el debido desarrollo de las actividades contratadas de los quirófanos disponibles dentro de la institución, equipos biomédicos, equipo profesional de cirugía asignado teniendo que es una actividad de trabajo multidisciplinario, que no sólo dependía de su propio conocimiento sino del trabajo y articulación de funciones de otros profesionales de la salud, como enfermeras, cirujanos, asistentes quirúrgicos, entre otros, dependiendo de la complejidad, urgencia y tipo de tratamiento requerido por el paciente; de los cronogramas, agendas, instrucciones, órdenes, insumos disponibles y directrices emitidas por la Subred Centro Oriente, en cumplimiento de las normas impuestas por la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, imponiéndose la obligación de ajustarse a la necesidad y asignación de horas de prestación de servicio de forma unilateral por parte de la institución.
- El horario en que el accionante ejecutó las actividades contratadas se daba por turnos diarios en horario de la mañana, tarde y noche, dependiendo de la necesidad de la Subred Centro Oriente E.S.E.
- A partir de lo anotado en los contratos de prestación de servicios, se desprende que la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente da aplicación numeral 3° de la ley 80 de 1993 que habilita a las entidades públicas a contratar personas naturales y jurídicas para realizar actividades misionales y adelantar el cumplimiento de sus obligaciones legales dentro del giro ordinario de la administración, eficientemente y eficazmente en armonía al servicio público y el logro de sus fines en pro de 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.

- Se encuentra acreditada la existencia del cargo como profesional, médico especialista, código 213, grado 32 dentro de la planta de personal de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, cuyo propósito principal es ejecutar y aplicar conocimientos especializados para la consulta, diagnóstico, intervención, tratamiento, promoción, prevención y rehabilitación de la salud del paciente de acuerdo con la normatividad vigente y la política Distrital **dando cumplimiento de la misión institucional**, cuyas funciones resultan ser congruentes con las ejecutadas por el señor Benavides Mora pactadas como objeto contractual.
- Se acredita una remuneración mensual y continua por concepto de honorarios durante los periodos contratados sin interrupción.
- 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 parte de la Gerencia Institucional, los jefes del área de UFEN Cirugía y anestesiología, en cabeza de los señores Martha Stella González y Edgar Uriel Jara que no solo coordinaban las actividades contratadas con el demandante, en virtud al rol de supervisión contractual, si no disponían de la dirección y manejo de cada uno de los pacientes para atención, disponibilidad y organización de salas de cirugía, horas de asignación mensual, permisos, cronogramas, exigiendo la debida capacitación con miras al cumplimiento de las normas impuestas a la Subred según la normatividad vigente en salud.
- El señor Benavides Mora debía velar por el uso adecuado de objetos, equipos biomédicos, suministro de medicamentos y elementos del Hospital destinados para el cumplimiento de sus actividades contractuales, con asignación de cané y bata para prestación de servicios de atención.
- Se exige la asistencia al 100% de capacitaciones, reuniones, con el fin de dar estricto cumplimiento a los parámetros, manuales y directrices de procedimiento de la institución, exigencias que implican por si mismas

subordinación en relación a las actividades a ejecutar por el señor Benavides Mora.

- No se aportan los requisitos y análisis de conveniencia para contratar o condiciones de idoneidad y experiencia de la 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 Centro Oriente E.S.E, para la contratación del demandante, simplemente se da vía libre a la misma por medio del contrato de prestación de servicios; 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 por el señor Benavides Mora, 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.

- 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 cronograma, imposición de turnos, el cumplimiento estricto de los parámetros y reglamentos institucionales, generando dependencia y subordinación hacia los supervisores, utilización de herramientas suministradas por la entidad hospitalaria para cumplir con sus deberes como MÉDICO ANESTESIÓLOGO, exigencia de directrices y protocolos de salud según la normativa de la Secretaría Distrital de Salud y 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 del señor Benavides Mora, 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 contratado **de manera sucesiva por más de 2 años, 6 meses y 7 días contradice la**

naturaleza temporal y excepcional de un contrato de prestación de servicios; materializándose el elemento de subordinación y 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, 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 MÉDICO ANESTESIÓLOGO del **2 de julio de 2018 al 9 de enero de 2018**, 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 e demandante, que las labores encomendadas fueran propias para el debido funcionamiento del área de cirugía dentro del Hospital.

Resulta imperioso sostener 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.

6.1. 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, expediente 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, ya que, a pesar que se desvirtúa 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.

6.2 Sobre la prohibición constitucional de recibir doble remuneración del erario público.

Con fundamento en la normatividad anteriormente referida se concluye que el accionante al pertenecer al personal asistencial que presta directamente servicios de salud, tenía la posibilidad excepcional de desempeñar más de un empleo público y por ende, recibir una doble remuneración del erario público, siempre y

cuando no se evidencie la concurrencia de horarios entre una entidad en la que laboraba y la otra en la que igualmente prestaba sus servicios. En el caso bajo estudio, y conforme al interrogatorio de parte absuelto por la accionante, quedó acreditado que prestó servicios al anterior de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, en un horario distinto en relación con los servicios prestados en la Clínica CAFAM en la ciudad de Bogotá, situación que evidencia la no posibilidad de concurrencia en las labores que desarrolló en estas entidades hospitalarias prestadora de servicios de salud, por lo cual colige esta instancia que la accionante se encuentra amparada por la excepción constitucional de la prohibición de la doble asignación del erario público.

6.3. Pago.

Por lo anterior, esta agencia judicial **declarará la nulidad** de los oficios **20191100144881 del 9 de mayo de 2019 y 20191100167591 del 5 de junio de 2019** mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre el demandante y la entidad accionada y, en su lugar, se tendrá como existente dicho vínculo entre el señor LUÍS EDUARDO BENAVIDES MORA y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E; **y a y a título de restablecimiento** ordenará a la entidad accionada reconocer y pagar al actor todas las **prestaciones sociales devengados por un PROFESIONAL médico especialista, código 213, grado 32 en la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E**, en los periodos que se advierten más adelante, tomando como fundamento la remuneración pactada en cada uno de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Ahora bien, en relación a la interrupción presentada entre la terminación de los contratos 1688-2015, 1807-2015, 2638-2015 y 2961-2015 el Despacho considera que **NO existe solución de continuidad**, entre uno y otro contrato, al no sobrepasar los 30 días hábiles, como límite temporal establecido en la sentencia de unificación SUJ-025-CE-S2-2021, emitida por el Consejo de Estado.

Así las cosas, como diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social la entidad accionada, se deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el **2 de julio de 2015 al 9 de enero de 2018** el IBL de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, 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.

6.4. Reconocer y pagar a la demandante las diferencias salariales existentes, incluyendo todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por el personal de planta, tomando como base la remuneración los honorarios pactados entre las partes dentro de cada uno de los contratos de prestación de servicios con base en las prestaciones devengadas por profesional, médico especialista código 213, grado 32 adscrito a la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E, de acuerdo a lo certificado por la Directora Operativa de Gestión de Talento humano de la entidad³² en concordancia con lo dispuesto en los artículos 3 y siguientes del Decreto 1045 de 1978.

6.5. Con relación al reconocimiento **de prestaciones sociales**, se reconocerán aquellas certificadas por la entidad demandada como prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación especial de recreación, cesantías e interés a las cesantías; las demás prestaciones solicitadas en el numeral 3.6 de las pretensiones de la demanda³³, solo serán procedentes si se encuentran **autorizadas legalmente en los artículos 3 y siguientes del Decreto 1045 de 1978.**

6.6. 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

³² Ver carpeta digital "AnexoRespuesta20211207", "Certificación Factores Salariales"

³³ "...3.6 Igualmente, el trabajador demandante tiene derecho a que en su favor se reconozcan y paguen todas las prestaciones sociales irrenunciables previstas en la Constitución Política del País, en normas legales generales y especiales dictadas para los servidores públicos que como mi representado prestan servicios como **MÉDICO ANESTESIÓLOGO**; especialmente: la cesantía, intereses sobre la cesantía, bonificación por servicios prestados, vacaciones, primas de alimentación, de servicios, de servicios anual, de navidad, vacacional, quinquenios, subsidio familiar, afiliación y pago de aportes a los regímenes de Subsidio Familiar y de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales, dotaciones (calzado y vestido de labor), auxilios de transporte y alimentación, y los demás derechos que resulten probados en el transcurso del proceso o previstos en el Régimen Especial que rige para los servidores públicos al servicio del Distrito Capital, más los aumentos salariales que se dispusieron cada año para los servidores del Estado

laborables remunerados³⁴, que de manera excepcional ha de ser reconocido monetariamente en los términos de Decreto ley 1045 de 1978³⁵, 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 2016³⁶, 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, ya que 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 comoquiera 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 2005²¹.**

6.7. Respecto al pago de la **sanción moratoria contenida en la Ley 244 de 1995, intereses moratorios y demás indemnizaciones solicitadas** y el reconocimiento es el caso señalar su improcedencia, en primera medida porque el 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 moratoria³⁶.

³⁴ 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 [...]»

³⁵ «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»

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

6.8. En lo concerniente a la **devolución de los valores de retención en la fuente y pago de pólizas**, el Despacho negará la devolución de estos, como quiera que la entidad estaba legalmente autorizada para efectuarlos, en consideración al vínculo contractual de la actora³⁷, máxime que dicha retención tiene destinación específica y la demandada obró solamente como Agente Retenedor, deducciones que la demandante, de conformidad con el Estatuto Tributario, tiene diferentes opciones tales como que sean descontadas de su impuesto de renta si está obligado a declarar o solicitar su devolución si tiene saldos a favor, entre otros. De igual forma, no hay lugar a ordenar la devolución de lo pagado por pólizas, en razón a que se generaron para cubrir los riesgos que en su momento se pudieron presentar y fueron una garantía en el cumplimiento de las obligaciones.

6.9. 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.

6.10. Solicitud de reconocimiento y pago de los salarios causados por trabajo en días domingos y festivos en horas extras diurnas y nocturnas con los recargos respectivos.

No es posible el reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos cuando se declara la existencia de un contrato de realidad, en tanto, estos emolumentos no son prestaciones sociales sino factores salariales establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos y además cumplen las condiciones señaladas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978³⁸.

En desarrollo de la posición anterior, el artículo 36 del Decreto 1042 de 1978 estableció la obligación de ser autorizado el trabajo suplementario que por necesidad del servicio debiese adelantar un servidor público. En ese sentido, la prenotada norma consagró los requisitos para el reconocimiento y pago de las horas extras laboradas. De lo dispuesto en esta norma se tiene que solo se puede autorizar el reconocimiento y pago de horas extras a los servidores que pertenezcan al nivel técnico y asistencial. Además, deben existir razones especiales para que se dé la prestación de servicio en horas extras, es decir, que

³⁷ Al respecto ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", 19 de enero de 2006, C.P.: Dr. Alberto Arango Mantilla, radicación número: 73001-23-31-000-2003-01650-01(2579-05), actor: Luz Amparo Rodríguez Castro. Así mismo, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", C.P.: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 13 de mayo de 2015, radicación número: 68001-23-31-000-2009-00636-01(1230-14), actor: Antonio José Gómez Serrano.

³⁸ Ver sentencia del Consejo de Estado 00041/16, del 6 de octubre de 2016, Rad. No.: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13) Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

obedezca a situaciones laborales extraordinarias y urgentes que no puedan ser ejecutadas en la jornada ordinaria y que por supuesto, correspondan a un carácter temporal. Como otro de los requisitos, es la existencia de autorización previa para laborar en horas extras, con la indicación de las actividades que se van a desarrollar.

En conclusión, el actor no tiene derecho al reconocimiento de horas extras, dominicales y festivos, por cuanto estos emolumentos NO SON prestaciones sociales sino factores salariales establecidos para quienes tienen la categoría de empleados públicos y además cumplían las condiciones señaladas en los artículos 33 y siguientes del Decreto 1042 de 1978.

6.11. En torno al reconocimiento de **dotación de vestido y calzado**, precisa este Despacho que dicha prestación fue concebida por el artículo 7 de la Ley 11 de 1984 con la finalidad de facilitar el cumplimiento del servicio.

En el sector público la Ley 70 de 1988 en el artículo 1º estableció el suministro de calzado y vestido de labor solamente para quienes laboran en los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos, Unidades Administrativas Especiales, Empresas Industriales y Comerciales de tipo oficial y Sociedades de Economía Mixta del nivel nacional, así:

“...ARTÍCULO 1. Los empleados del sector oficial que trabajan al servicio de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos, unidades administrativas especiales, empresas industriales o comerciales de tipo oficial y sociedades de economía mixta, tendrán derecho a que la entidad con que laboran les suministre cada cuatro (4) meses, en forma gratuita, un par de zapatos y un (1) vestido de labor, siempre que su remuneración mensual sea inferior a dos (2) veces el salario mínimo legal vigente, Esta prestación se reconocerá al empleado oficial que haya cumplido más de tres (3) meses al servicio de la entidad empleadora...”

Norma anterior reglamentada parcialmente por el Decreto 1978 de 1989, en el que se establece el suministro de la dotación así:

“...ARTÍCULO 2º.- El suministro a que se refiere el artículo anterior deberá hacerse los días 30 de abril, 30 de agosto y 30 de diciembre de cada año. La entrega de esta dotación para el trabajo, no constituye salario ni se computará como factor del mismo en ningún caso...”

Es así, que como requisito para la entrega de dicha prestación es necesaria la **prestación de servicio en forma ininterrumpida en la respectiva entidad por lo menos tres meses antes de la fecha de cada suministro y que devengue una asignación básica mensual inferior a dos veces el salario mínimo legal vigente.**

En consideración, al primer requisito el mismo se encuentra acreditado, toda vez, que la accionante laboró de forma continua desde el 2 de julio de 2015 al 9 de enero de 2018.

En cuanto al segundo requisito, de las certificaciones expedidas por la Directora de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E se puede establecer que los honorarios mensuales devengados por la accionante en el periodo mencionado, **eran mayores a dos veces el salario mínimo legal vigente para cada anualidad.**

Por lo anterior, el señor Benavides Mora NO tiene derecho a recibir la dotación de calzado y vestido de labor, al no reunir los requisitos legales establecidos para acceder a dicha prestación, como son: (i) *laborar en forma permanente al servicio del ente territorial durante un lapso superior a los tres (3) meses* y (ii) **devengar una remuneración inferior a dos salarios mínimos.**

7. Prescripción.

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 enunciadas en la parte considerativa se acredita en el expediente que el señor Benavides Mora prestó sus servicios hasta el día **9 de enero de 2018 (contrato PS-0788-2017).**

Con posterioridad, se elevó reclamación administrativa el **10 de abril de 2019**, (ampliándose el término de la prescripción por el término de otros 3 años más, es decir, hasta el 10 de abril de 2022), el día 24 de julio de 2019, radicó solicitud de conciliación extra judicial ante la Procuradora 87 Judicial I Para Asuntos Administrativos, declarada fallida el 23 de agosto de 2019. Finalmente, se radicó la demanda el **22 de octubre de 2019**, es decir, dentro del término de los tres (3) años a partir de la terminación del último contrato.

8. 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 propuesta por la entidad accionada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad de los **Oficios No. 20191100144881 de 9 de mayo de 2019 y el oficio 20191100167591 del 5 de junio de 2019** mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre la demandante y la entidad accionada y, en su lugar, se tendrá como existente dicho vínculo entre el señor LUÍS EDUARDO BENAVIDES MORA y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E.

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

a) A reconocer, liquidar y pagar al señor **LUÍS EDUARDO BENAVIDES MORA** **identificada con cédula de ciudadanía N°. 12.965.520** todas las prestaciones sociales devengadas por un Profesional Médico Especialista, código 213, grado 32, de planta de la entidad, tomando como base la remuneración pactada en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes del **2 de julio de 2015 al 9 de enero de 2018**, en concordancia, con **las prestaciones legalmente establecidas en los artículos 3 y siguientes del Decreto 1045 de 1978.**

b) En cuanto a la diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social, la entidad accionada deberá tomar durante el tiempo comprendido entre **2 de julio de 2015 al 9 de enero de 2018**, el IBL de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, 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 accionante, 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 causación de cada uno de ellos.

QUINTO: Negar las demás súplicas de la demanda, por las razones expuestas.

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

SÉPTIMO: Sin costas en la instancia.

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE³⁹, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Expediente No. 11001334204720190046600.
Demandante: Luís Eduardo Benavides Mora.
Demandado: Subred Integrada de Servicios de Centro Oriente E.S.E
Providencia: Sentencia

CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ
JUEZ

Ah.

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: **f5a5efeeef3daa821a9a8145b6c26ac8498006256ed0c57e2d0331ecd2b83f8d**

Documento generado en 28/08/2023 04:27:30 PM

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