

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



JUZGADO CUARENTA Y SIETE ADMINISTRATIVO
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá D.C., Mayo dieciocho (18) de dos mil veinte (2020)

Clase de Proceso : **Nulidad y Restablecimiento del Derecho**

Demandante : **JOSÉ MIGUEL SARMIENTO GALVIS**
C.C. No. 79.153.423 de Bogotá

Demandado : **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**
HOSPITAL SIMÓN BOLIVAR

Radicación : **Nº 11001-33-42-047-2017-00104-00**

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

S E N T E N C I A

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 ibídem, promovida por el señor **JOSÉ MIGUEL SARMIENTO GALVIS** actuando a través de apoderado especial, contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE – ESE**.

El demandante solicita las siguientes:

1.1.2 PRETENSIONES¹

El Despacho sintetiza las pretensiones así:

1.1.2.1. Principales

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 110 del 22 de diciembre de 2016, mediante el cual se le negó el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

1.1.2.2. Subsidiarias

Que se declare que tanto los contratos como las adiciones y prórrogas a los mismos, son nulos en todas sus partes, por haber sido celebrados de manera irregular y con desvío de poder.

1.1.2.3. Condenatorias

Que como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho solicita el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y demás prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos al servicio de la entidad, que desempeñan las mismas funciones que ejercía el actor, causadas durante el periodo comprendido entre el 8 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016.

1.1.3. HECHOS²

1.1.3.1. Hechos Relevantes.

Los principales hechos el Despacho los resume así:

¹ Ver fls. 2 a 10 del exp.

² Ver fls. 10 a 21 del exp.

1. El señor José Miguel Sarmiento Galvis prestó sus servicios al Hospital Simón Bolívar – Subred Integrada de Servicios de Salud Norte - ESE de forma ininterrumpida desde el 8 de febrero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016, en el área de Subgerencia Financiera y Comercial mediante contrato de servicios.
2. Desde el 8 de febrero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016 el demandante debía cumplir las funciones de trabajo según la programación establecida por el Hospital Simón Bolívar, de conformidad con lo consagrado en los contratos u órdenes de prestación de servicios.
3. En la vigencia de la relación contractual no se evidenció queja o llamado de atención contra el demandante.
4. Ejerció las funciones de Auxiliar Financiero en el Hospital Simón Bolívar, cumpliendo las órdenes, conforme con lo consagrado en los contratos de prestación de servicios.
5. Durante la vigencia de la relación contractual, el demandante prestó sus servicios personales al Hospital Simón Bolívar, cumpliendo la jornada laboral establecida, en el horario de lunes a viernes, en un principio de 7:00 a.m. a 4:30, posteriormente, de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. con una hora de almuerzo de 12:00 a 1:00 pm o de 1:00 p.m. a 2:00 p.m. y, ciertos sábados cuando por necesidad del servicio se requería.
6. El demandante canceló de su salario las cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.
7. Durante el periodo contractual tuvo varios superiores inmediatos, el señor Ángel Gabriel Murcia Vidal, Coordinador del Grupo Funcional de Facturación, Autorizaciones y Admisiones del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.; posteriormente, la señora Yinet Marcela Sánchez Quintero, abogada Jefe de Admisiones, Autorizaciones y Facturación; luego el señor Javier Alonso Soacha Godoy, Líder del Grupo del Fondo Financiero Distrital de Salud; y por último el señor Rafael Mauricio Sopó Solano, Subgerente Financiero y Comercial, todos del Hospital Simón Bolívar.

8. El demandante cumplió las órdenes y directrices impartidas por sus inmediatos superiores para poder ejercer sus labores de auxiliar financiero.
9. Desde el 8 de febrero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016, se suscribieron más de 16 contratos de prestación de servicios, adiciones y prórrogas.
10. Durante el mismo periodo, se le exigió al demandante asistir a reuniones, seminarios, almuerzos de trabajo, jornadas de trabajo en horas de almuerzo, capacitaciones, inducciones, autoevaluaciones, marchas de la salud, acreditaciones, comités, talleres, cursos, encuestas, eventos culturales y deportivos, entre otras actividades propias de una relación laboral, realizadas y programadas por la entidad demandada.
11. El Hospital Simón Bolívar suministraba al demandante todos los elementos, herramientas, dispositivos y equipos para que desempeñara su labor de auxiliar financiero, los cuales debía devolver a la terminación de cada contrato.
12. El demandante no desempeñó ningún cargo científico ni de requeridos conocimientos especializados.
13. El Hospital Simón Bolívar programaba turnos de descansos compensatorios para todos sus servidores, incluyendo al demandante, en las festividades de Navidad, Año Nuevo, Reyes y Semana Santa.
14. Las funciones de auxiliar financiero, así como las demás labores desempeñadas por el actor hacen parte del servicio público del nivel asistencial con denominación y funciones detalladas en la ley.
15. El actor cumplió sus funciones bajo las mismas condiciones de los empleados de planta.
16. El demandante recibió una remuneración mensual como contraprestación directa por los servicios ejecutados, sin ninguna prestación social de las señaladas en los hechos 55 a 70 de la demanda.

17. El demandante, mediante apoderado presentó petición de pago de acreencias laborales ante el Hospital Simón Bolívar, el 16 de septiembre de 2016, que tuvo respuesta a través del Oficio 110 del 22 de diciembre del mismo año.

1.1.4. Normas Violadas

Fueron señaladas como transgredidas, las siguientes disposiciones:

1. CONSTITUCIONALES:

Artículos 1º, 2º, 4º, 6º, 13, 23, 25, 53, 122, 123, 125, 150, 189 y 209.

2. LEGALES:

- Artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, por remisión de la Ley 344 de 1996.
- Artículo 1º del Decreto 1582 de 1998.
- Artículos 32, 33 y 45 del Decreto 1045 de 1978.
- Artículos 43, 49 y 51 del Decreto 1848 de 1969, en concordancia con los artículos 8, 9, 10 y 1 del Decreto Ley 3135 de 1968.
- Artículo 1º de la Ley 995 de 2005.
- Decreto 451 de 1984.
- Decreto 404 de 2006.
- Artículo 14 del Decreto 600 de 2007.
- Artículo 14 del Decreto 1374 de 2010.
- Artículos 5 y 6 del Decreto 1978 de 1989.
- Decreto 1042 de 1978.
- Ley 100 de 1993.
- Artículo 2º de la Ley 244 de 1995.
- Código Sustantivo del Trabajo.
- Ley 6 de 1945.
- Decreto 2127 de 1945.
- Decreto 3118 de 1968.

II. POSICIÓN DE LAS PARTES

2.1. Demandante:

La posición de la parte actora se extrae del acápite de *concepto de violación*³, contenido en libelo introductorio de la acción, así:

- El apoderado del demandante indicó que el acto administrativo demandado incurrió en falsa motivación por cuanto se fundamenta en un hecho inexistente como es los contratos u órdenes de prestación de servicios que se celebraron para poder disponer de los cargos al término de cada contrato y para mantener a los contratistas sin derecho a manifestación alguna.
- Afirmó que es evidente que en el Hospital Simón Bolívar por regla general sus trabajadores tienen la categoría de empleados públicos y con el demandante se cumplieron todos los elementos esenciales, básicos y comunes de estos: actividad personal, continuada subordinación o dependencia, salario como retribución del servicio que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, constituyen una relación de trabajo, independiente de la denominación que se le haya dado en un documento.
- Manifestó entonces que, desde el 8 de febrero de 2010 hasta el 30 de junio de 2016 entre la entidad demandada y el demandante se presentaron las siguientes situaciones:
 - Se reunieron todos los elementos esenciales que lo constituían como funcionario público de hecho.
 - Las labores realizadas siempre fueron las mismas sin variación alguna, aunque cabe mencionar que la carga y actividades de trabajo aumentaron al transcurrir del tiempo.
 - Los jefes inmediatos que impartieron las distintas órdenes fueron personas naturales que gozaban de la calidad de Coordinador, Líder, así como Subgerente Financiero y Comercial.
 - La relación de trabajo no presentó solución de continuidad.

³ Ver folios 24 a 51 del exp.

- Concluyó que para el cumplimiento de la labor encomendada al accionante, era necesaria su permanencia en las instalaciones asignadas para su desarrollo, además los elementos laborales debían ser devueltos a la terminación del contrato, debía cumplir con las obligaciones contractuales según la programación estipulada por la entidad demandada, sin autonomía e independencia en la prestación del servicio, de donde se infiere que la administración pública utilizó equivocadamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se constituye en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la C.P.
- Finalmente, afirmó que tanto la Corte Constitucional, como la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado han coincidido en señalar que el contrato de prestación de servicios se celebra en aquellos eventos en que la función no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados y para la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.

2.2. Demandada:

La apoderada de la entidad accionada presentó dentro del término contestación de demanda a folios 186 a 200 del plenario y se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda por carecer de asidero fáctico y jurídico, como quiera que, en razón a la importancia del servicio que prestan las Empresas Sociales del Estado, es posible que se presenten situaciones que ocasionen un gran cúmulo de actividades a desarrollar, que deben suplirse mediante contrato de prestación de servicios, en tanto el personal de planta resulta insuficiente para cumplir con la gestión encomendada.

Refirió que, en el caso concreto no se configuran los elementos esenciales de un contrato de trabajo, dados los distintos contratos de prestación de servicios que fueron suscritos entre las partes, que fueron desarrollados con plena autonomía e independencia por el demandante, sin que existiera relación de subordinación o dependencia que generara vínculo laboral alguno.

Manifestó que, acatando los pronunciamientos jurisprudenciales, la celebración de contratos de prestación de servicios no implica necesariamente discriminación alguna sobre un profesional con respecto a una persona que es titular de un cargo de carrera administrativa, dado que es el legislador quien ha facultado a las entidades públicas para suscribirlos, siguiendo unos parámetros preestablecidos.

En cuanto a los elementos del contrato señaló que: el demandante fue contratado por su capacitación y formación académica para apoyar el cumplimiento de actividades relacionadas con la administración y el funcionamiento de la entidad; el demandante gozó de plena autonomía e independencia técnica y administrativa, sin que por el hecho de desarrollar sus funciones en el Hospital implicara un elemento subordinante, dada la confidencialidad de la información; la vigencia del contrato fue temporal, su duración dependía del tiempo indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

III. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 24 de marzo de 2017 (fl. 173); siendo admitida por auto calendado el 10 de julio de 2017 (fls. 179 y vto.), el cual se notificó a la demandada a través del correo electrónico destinado para tal efecto, según se verifica a folio 182 del expediente.

Transcurrido el término de traslado, la entidad accionada contestó la demanda con escrito visible a folios 186 a 200 de la actuación, posteriormente, mediante proveído de fecha 10 de septiembre de 2018 se admitió la reforma de la demanda y se corrió traslado de esta por el término de 15 días (fl. 238), vencidos los cuales el 18 de octubre de 2018 se citó a los apoderados de las partes para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A.⁴.

En la audiencia inicial, que se llevó a cabo el 5 de diciembre de 2018⁵, se surtieron las etapas correspondientes (saneamiento del proceso, decisión de excepciones previas, fijación del litigio, posibilidad de conciliación declarándose fallida, se tuvieron como pruebas las documentales aportadas por las partes incorporándose al expediente y hubo un pronunciamiento respecto de las solicitadas en la

⁴ Ver fl. 240 del exp.

⁵ Ver fls. 325 a 328 del exp.

demanda y su contestación). En ese sentido, se fijó fecha para celebrar la audiencia de pruebas para el día 30 de enero de 2019, fecha en la cual fue llevada a cabo conforme lo establece el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, disponiendo incorporar, mediante auto las pruebas faltantes⁶, lo cual ocurrió mediante providencia del 12 de julio de 2019, oportunidad en la que se declaró precluida la etapa procesal y el Despacho concedió diez (10) días para que las partes presentaran sus alegaciones finales, indicando que vencido dicho término se proferiría el fallo, conforme a lo dispuesto en el inciso final artículo 181 del C.P.A.C.A.⁷

3.1. Alegatos de Conclusión:

3.1.1. Demandante

La parte actora presentó alegatos de conclusión por escrito en tiempo,⁸ reiterando los argumentos expuestos en la demanda, y se refirió a los testimonios recaudados en la actuación para señalar que no deben ser tachados por el simple hecho de que en su mayoría eran contratistas de la misma entidad demandada, pues son justamente aquellas personas que de forma permanente constataron las circunstancias fácticas del cumplimiento de las labores desempeñadas por el demandante.

Citó el Acuerdo 003 del 17 de marzo de 2006, la Resolución 305 del 21 de agosto de 2007 y el Acuerdo 012 del 2 de junio de 2015, por los cuales se ajusta la Planta de personal y el Manual de Funciones del Hospital Simón Bolívar, en los cuales se evidencia que el cargo de Auxiliar Financiero que ocupó el demandante y las funciones que desempeñó, se asimila al cargo de Auxiliar Administrativo, de donde resultaba razonable reconocerle las mismas prestaciones sociales y demás acreencias laborales que a los demás trabajadores de idénticas funciones.

3.1.2. Entidad demandada

El apoderado de la entidad ratificó la posición asumida en la contestación de demanda, señalando que luego de haberse decretado y practicado todas las pruebas dentro del presente proceso, no se logró acreditar los requisitos para que se

⁶ Ver fls. 340 a 343 del exp.

⁷ Ver fl. 355 del exp.

⁸ Ver fls. 357 a 360 del exp.

configure un vínculo laboral entre el demandante y su representada, dado que aquel se desempeñó como contratista independiente, no suscribió un contrato de trabajo y no existió un acto administrativo que lo vinculara con la entidad.

Agregó que, tampoco se demostró que el demandante hubiese prestado el servicio personalmente y bajo continuada dependencia y subordinación, ya que los testigos presentados no fueron coherentes frente a la subordinación, por ejemplo, no concordaban con el horario, tampoco si el supuesto jefe inmediato era contratista o hacía parte de la planta de personal.

Refirió que se interpuso la tacha por los intereses que existen entre las partes, pues los testigos en un proceso son demandantes en otro en el cual demandan a la Subred Norte con fundamento en el supuesto vínculo laboral, situación que afecta la credibilidad de los testigos en cada uno de los procesos.

Añadió que, dada la naturaleza de la relación contractual, los contratos de prestación de servicios son desarrollados con plena autonomía e independencia, existiendo una relación de coordinación de las actividades a realizar por el contratista de acuerdo con la actividad encomendada, en la que no se exigió horario alguno y fueron ejecutados con plena autonomía e independencia.

3.1.3. Ministerio Público:

La Representante del Ministerio Público no emitió concepto alguno.

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

IV. CONSIDERACIONES

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

4.1. PROBLEMA JURÍDICO⁹

⁹ Ver fl. 325 vto. del exp.

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

“consiste en establecer si los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor José Miguel Sarmiento Galvis y la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. (antes Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E.), se desnaturalizaron en una relación laboral entre el 8 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2016, que implica, a favor del demandante, el derecho a percibir las diferencias salariales existentes entre los pagos por concepto de prestación de servicios y los salarios legales pagados a empleados que ocupaban el cargo de Auxiliar Financiero, con el que considera debe ser equiparado; así como el derecho a que se les paguen las prestaciones sociales y demás acreencias laborales reclamadas; o, si por el contrario, en el presente caso no concurren los elementos de una relación laboral”.

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

4.2. Normatividad aplicable al caso

LEY 80 DE 1993 “POR LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO GENERAL DE CONTRATACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.”

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

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

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

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

Conforme con 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.

Recuérdese que el artículo 53 de la Carta dispone:

“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

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

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.” (Subrayado fuera de texto).

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 bien es sabido, el **contrato de trabajo** tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere de 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 ordenes 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 esa 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 horarios de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho a 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 del Despacho).

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

En ese sentido, para desvirtuar el contrato de prestación de servicios se deben acreditar tres elementos característicos de toda relación laboral, así lo manifestó el H. Consejo de Estado en la providencia del 17 de abril de 2008¹⁰, cuando señaló:

“(…)

Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador y, en ese evento, surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales (art. 53 C.P.).

Esta Corporación ha reiterado en fallos como el de 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente 0245, M.P. Jesús María Lemos Bustamante, la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Razonó de la siguiente manera:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(…)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.”

Tal tesis, se contrapone a jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que exista un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así lo estipuló la sentencia de Sala Plena del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda, en la que concluyó:

“... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio

¹⁰ Expediente 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05) C. P. Jaime Moreno García.

de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.” (Se destaca).

Este razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado de 23 de julio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada por la Sección en sentencia de 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 - 1198/98). La Sala ha hecho prevalecer, entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

(...)”.

Finalmente, esa misma Corporación¹¹ en Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2016¹², sobre los elementos que desvirtúan la existencia de un contrato de prestación de servicios dispuso:

“(…)”

De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales¹³.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda¹⁴ recordó que (i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; (ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y (iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan

¹¹ Consejo de Estado, sentencia del 19 de febrero de 2009, C.P. Doctora: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹² CONSEJO DE ESTADO, M.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15)CE-SUJ2-005-16.

¹³ Nota interna. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10).

¹⁴ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.

reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión. (...)”.

Prescripción aplicada al contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 32 y 102 del Decreto 1848 de 1969 (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, 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 la citada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estableció las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- I. *Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*
- II. *Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
- III. *Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*

- IV. *Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*
- V. *Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*
- VI. *El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*
- VII. *El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

4.3. CASO CONCRETO

Pruebas relevantes que se encuentran en el presente proceso y que respaldan lo pretendido:

- Con reclamación administrativa del 16 de septiembre de 2016 la parte demandante le solicitó a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias

laborales a que tiene derecho, causadas entre el 10 de febrero de 2010 y el 30 de junio de 2016¹⁵.

Otras documentales:

PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

El material probatorio obrante en el expediente permite determinar que el señor JOSÉ MIGUEL SARMIENTO GALVIS suscribió con el Hospital Simón Bolívar E.S.E. los siguientes contratos de prestación de servicios¹⁶:

CONTRATO	EJECUCIÓN	OBJETO	ACTIVIDADES DESARROLLADAS SEGÚN INFORME DE GESTIÓN	VALOR MENSUAL
1216/2010	Del 18/02/2010 al 28/02/2010	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones ¹⁷	\$534.153
1380/2010	Del 01/03/2010 al 31/03/2010	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
2084/2010	Del 01/04/2010 al 31/07/2010	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
3020/2010	Del 01/08/2010 al 31/12/2010	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
616/2011	Del 01/01/2011 al 31/01/2011	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
1731/2011	Del 01/02/2011 al 28/02/2011	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
2155/2010	Del 01/03/2011 al 31/04/2011	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
3069/2011	Del 01/05/2011 al 31/08/2011	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
3897/2011	Del 01/09/2011 al 31/12/2011	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
482/2012	Del 01/01/2012 al 29/02/2012	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661

¹⁵ Ver fls. 70 a 73 del exp.
¹⁶ Ver fls. 89, Cd fl. 97, 217 y 349 del exp.
¹⁷ Conforme con lo certificado al reverso del folio 349 para los años 2010 a 2013, periodo sobre el cual no obra copia de los contratos.

1622/2012	Del 01/03/2012 al 31/12/2012	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.232.661
0650/2013	01/01/2013 al 31/12/2013	No se acredita	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.587.500 ¹⁸
173/2014	Del 02/01/2014 al 30/09/2014 ¹⁹	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.300.000
INTERRUPCIÓN (3 meses y 1 día)				
0885/2015	Del 02/01/2015 al 31/01/2015	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.300.000
1928/2015	Del 02/02/2015 al 30/04/2015	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.360.000 (\$4.080.000)
Adición y Prórroga 001 al contrato 1928/2015	Hasta el 30 de junio de 2015	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$2.720.000
Adición y Prórroga 002 al contrato 1928/2015	Hasta el 31 de julio de 2015	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.360.000
Adición 003 y Prórroga 003 al contrato 1928/2015	Hasta el 31 de agosto de 2015	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.360.000
Adición 004 y prórroga 004 al contrato 1928/2015	Hasta el 30 de septiembre de 2015	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.360.000
Adición 005 y prórroga 005 al contrato 1928/2015	Hasta el 31 de diciembre de 2015	Prestación de servicios como auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$2.720.000
0222/2016	Del 01/01/2016 al 31/01/2016	Auxiliar financiero ffd	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.360.000
1323/2016	Del 01/02/2016 al 31/04/2016	Prestación de servicios de apoyo a la Subgerencia financiera facturación	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$1.428.000
Otrosí para la Adición y prórroga 001 al contrato 1323/2016	Hasta el 30 de junio de 2016	Prestación de servicios de apoyo a la Subgerencia financiera facturación	Recepción de facturas, auditar facturas, clasificar facturas, devolver facturas según corresponda, realizar informes, asistir a reuniones y capacitaciones	\$2.856.000

Se precisa que en el expediente reposan tres certificaciones de los contratos suscritos por el demandante con el Hospital Simón Bolívar, folios 89, 217 y 349, en las

¹⁸ Este valor del año 2013 certificado por la entidad no coincide con el abono en cuenta por pago de nómina en marzo de 2013, por valor de \$ 1.282.970 (véase fl. 286 del exp.)
¹⁹ Ver fls. 217 y 349 del exp.

que se enuncia el número, el plazo o duración, el valor y el objeto en la que reposa a folio 89; no obstante, en todas se refieren datos disímiles, que fueron, en lo posible confrontados con los documentos aportados en medio magnético, Cd a folio 97, para elaborar el cuadro anterior.

La prueba anteriormente relacionada, permite establecer que efectivamente el señor José Miguel Sarmiento Galvis prestó sus servicios al Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E. de manera personal desde el 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016, con una interrupción entre el contrato No. 173 de 2014 y el 0885 de 2015 por el término de tres (3) meses y, que conforme con los contratos suscritos que obran (2014-2016) todos contaban con igual objeto y obligaciones, que fundamentalmente eran para prestar los servicios de: 1) Recepcionar las facturas generadas a los contratos del FFDS²⁰ frente a listados generados en el sistema de información. 2) Generar informe diario de entrega de facturas y entrega de devoluciones para la retroalimentación y fines pertinentes. 3) Solicitud de historias clínicas para verificar soportes o pertinencia de las facturas que se requiera de acuerdo a la auditoría en el armado de la cuenta. 4) Atender usuarios que requieran soportes o documentos que reposen en facturas ya generadas en el FFDS"; sin embargo, en el informe de actividades no se reporta la solicitud de historias, ni la atención de usuarios.

Respecto a la interrupción de los tres meses (octubre a diciembre) de 2014 que en las múltiples certificaciones señala la entidad, el despacho advierte una contradicción con otra prueba documental concerniente a los extractos bancarios de la cuenta del actor en Davivienda, en los que se refleja pago de nómina de estos meses, como se verá en el siguiente acápite.

RETRIBUCIÓN DEL SERVICIO:

De conformidad con las certificaciones visibles a folios 89, 115, 217, 349 y el Cd a folio 97 se acredita que el señor José Miguel Sarmiento Galvis estuvo vinculado al Hospital Simón Bolívar bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios como auxiliar financiero lo que, aunado a los extractos del Banco Davivienda de los años 2010 (febrero a agosto, octubre a diciembre), 2011, 2012 (enero a diciembre), 2013 (enero a mayo y agosto a diciembre), **2014 (enero a diciembre)**,

²⁰ Fondo Financiero de Salud

2015 (enero y marzo a diciembre) 2016 (enero a junio), que reposan a folios 249 a 324 del expediente, evidencia que el demandante estuvo percibiendo unos honorarios mensuales por cada uno de los contratos firmados y ejecutados, que fueron relacionados en el cuadro anterior, siendo el último contrato pagado por un valor mensual de \$1.428.000²¹. Lo que sin duda muestra la retribución del servicio personal prestado.

CONTINUADA SUBORDINACIÓN Y DEPENDENCIA:

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

- Oficio No. 20161100003781 (110) del 22 de diciembre de 2016, a través del cual se da respuesta al derecho de petición presentado por el demandante, negando el reconocimiento y pago de las acreencias laborales y prestacionales solicitadas²².
- Copia del archivo de facturas del Fondo Financiero entregado a la central de archivo el 27 de noviembre de 2014, 4 de febrero de 2013, el 28 de mayo de 2013 (activas e inactivas)²³.
- Formato único de inventario documental (facturas) entregadas por el demandante al archivo central, de los años 2013 y 2014, con fechas 19 de marzo de 2014 y 22 de julio de 2014²⁴.
- Algunos de los contratos suscritos entre el actor y la entidad accionada, donde se encuentran las condiciones y especificaciones consagradas para la prestación de los servicios contratados desde el 2 de enero de 2014 hasta el 30 de junio de 2016²⁵. De los contratos anteriores 2010 al 2013, indicó no reposar en la entidad.

²¹ Ver folio 349 vto. del exp

²² Ver fls. 87 y 88 del exp.

²³ Ver fl. 114, 121 y 122 del exp.

²⁴ Ver fls. 130 a 139 del exp.

²⁵ Ver Cd obrante a folio 97 del exp.

- Se encuentra aportada copia de los antecedentes administrativos del actor.²⁶

Solicitud de Tacha de testimonios

Antes de analizar las declaraciones recibidas en audiencia de pruebas de fecha 30 de enero de 2019²⁷, el Despacho entrará a resolver la solicitud propuesta por el apoderado de la entidad accionada contra los testimonios de los señores Edyth Lozano Girón, Luis Hernando Rodríguez Reyes y Hermes Guarnizo Barragán, los cuales fueron solicitados por la parte actora, al considerar que sus afirmaciones se encuentran afectadas de credibilidad, pues, los testigos también iniciaron medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el Hospital Simón Bolívar III Nivel, siendo el mismo apoderado de la presente actuación quien los representó en sus procesos, además el demandante y los testigos fueron compañeros de trabajo, implicándose unas circunstancias anexas, pues, el señor también interactuaba con otras personas en el Hospital, entonces no solamente podían ser testigos sus compañeros, quienes son testigos en otros procesos, razones por las que carecen de credibilidad sus testimonios, por haber un interés de que se acojan sus pretensiones.

La parte actora, durante el traslado de la tacha, manifestó que, es cierto que adelantó el proceso de los testigos, los cuales, se encuentran en segunda instancia con apelación o pendientes de pago, y que son los compañeros de trabajo los que tienen conocimiento de los hechos por eso sirven de testigos, de lo contrario nadie podría ser testigo. Indicó que solicitó el testimonio de otras personas diferentes a sus compañeros de trabajo, pero los testimonios fueron elegidos y decretados por el Despacho.

Para resolver, se señala que el artículo 211 del C.G.P., dispone en relación con la tacha de testigos lo siguiente:

“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. (Subrayado fuera del texto)

²⁶ Ver Cd a fl. 343 del exp.

²⁷ Ver fl. 134 al 136 del exp.

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

Igualmente, respecto de la valoración del testimonio sospechoso, el Consejo de Estado²⁸, señaló lo siguiente:

“Así, debe señalarse con relación al testimonio que su valoración y ponderación requiere del juez, como en todos los casos, determinar el valor de convicción del mismo y su real dimensión, se itera, bajo su apreciación en conjunto y con aplicación de las reglas de la sana crítica, ejercicio cuya complejidad se acentúa en tratándose de testimonios de oídas o aquellos calificados como sospechosos, los cuales, según se infiere de lo dicho en líneas anteriores, no pueden ser desechados de plano sino que rigidizan su valoración de cara al restante material probatorio, por cuanto serán examinados con mayor severidad”, debe someterse “a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha o cuya percepción fue directa o se subvaloren. Pero sin que puedan desecharse bajo el argumento del parentesco, interés o falta percepción directa, sino porque confrontados con el restante material probatorio resultan contradictorios, mentirosos, o cualesquiera circunstancias que a criterio del juez merezca su exclusión o subvaloración”. (Sublíneas del despacho).

De acuerdo con lo anterior, esta instancia judicial encuentra, que si bien es cierto, los señores prestaron sus servicios en la entidad accionada e interpusieron demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en busca del reconocimiento prestacional, siendo representados por el mismo apoderado, ello no impide su valoración; sin embargo, implicará que esta sea rigurosa o estricta, de cara a las demás pruebas recaudadas, que permita determinar la credibilidad en su declaración; amén de lo anterior, la Alta Corporación en sus reiteradas providencias ha indicado la idoneidad de los propios compañeros de trabajo, para que depongan las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló la labor contratada, pues, es evidente que de presentarse testigos ajenos a la relación contractual, no podrán deponer tales aspectos.

En cuanto al asomo de interés de los testigos, el despacho advierte que la prueba testimonial recaudada en la instancia, no tiene tinte alguno de interés en las results del proceso, como lo indicara el apoderado judicial de la entidad accionada, pues, es claro que la prueba testimonial absuelta en la controversia, deberá contar con el respaldo probatorio y, en todo caso, por el hecho de haber promovido medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, de manera alguna impone la subvaloración de la prueba. Además de lo anterior, debe precisarse que lo resuelto en otras controversias cuyos actores fueron los que

²⁸ Sentencia del 8 de abril de 2014, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. 29195.

en esta, son testigos, no incide en este proceso que se surte ante la instancia, por cuanto, el demandante en esta causa, deberá acreditar los elementos de la relación laboral para desvirtuar la existencia de los contratos de prestación de servicios que suscribiera con la entidad accionada.

Testimonios

A fin de probar la existencia de los elementos de la relación laboral, el Despacho en audiencia de pruebas celebrada el día 30 de enero de 2019, recepcionó el testimonio de los señores, Edyth Lozano Girón, Luis Hernando Rodríguez Reyes y Hermes Guarnizo Barragán, destacándose lo siguiente:

- **Vinculación laboral.**

Testimonio Edyth Lozano Girón

Laboró en el Hospital Simón Bolívar desde el año 2007 hasta el año 2015 como facturador contratista.

PREGUNTADO. Informe a este Juzgado si usted sabe cómo fue la vinculación del demandante señor Luis Miguel Sarmiento Galvis con el Hospital Simón Bolívar **CONTESTÓ.** Lo mismo, de contrato, como contratista. **PREGUNTADO.** De conformidad con su respuesta anterior, quiere explicar a este Despacho si usted recuerda qué actividades debía cumplir el demandante cuando se vinculó al Hospital Simón Bolívar y si recuerda en qué periodos él se vinculó a esta entidad. **CONTESTÓ.** Se vinculó en el 2010, le tocaba armar cuentas del Fondo Financiero, todas las que hacíamos nosotros él las tenía que organizar y armarlas y tenía que hacer devolución de cuentas cuando estaban mal diligenciadas, cuando estaban mal hechas y, se retiró en el 2016.

Testimonio de Luis Hernando Rodríguez Reyes

El testigo Laboró desde el año 2012 hasta el 31 de diciembre de 2014 en el Hospital Simón Bolívar. Sobre este aspecto, así discurrió:

PREGUNTADO. Sí conoce al demandante, por qué razones y desde hace cuánto tiempo. **CONTESTÓ.** Desde junio de 2012 a raíz de su vinculación al Hospital Simón Bolívar. **PREGUNTADO.** De qué periodo a qué periodo, cuál fue la forma de vinculación y funciones. **CONTESTÓ.** Que laboró desde el año 2012 a diciembre 31 de 2014, pero en enero entregó su cargo, elaborando cuentas del Fondo

Financiero. **PREGUNTADO.** Cómo fue la vinculación y funciones que debían cumplir. **CONTESTÓ.** Nosotros pertenecíamos al Fondo Financiero y nos tocaba hacer facturas, devolver facturas que estuvieran mal hechas, glosas de la Secretaría de Salud, estar a cargo de la custodia de las facturas (vinculados, desplazados, tutelados) y estábamos vinculados por contrato de prestación de servicios.

Testimonio del señor Hermes Guarnizo Barragán

Manifestó que laboró en el Hospital Simón Bolívar desde el 1º de agosto de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2014.

También coincidió con los testimonios anteriores, como se advierte en su interrogatorio, así:

***PREGUNTADO.** Como se vinculó el demandante. **CONTESTÓ.** Por Contrato de Prestación de Servicios -y añadió que -le constaba porque compartían el día a día y cuando llegó el compañero José pertenecía al Hospital y cuando me retiré, él continuó con el Hospital.*

- Horario de ejecución de las actividades contratadas.

Testimonio de la señora Edyth Lozano Girón

***PREGUNTADO.** Recuerda usted cuál era el horario de trabajo del señor José Miguel Sarmiento Galvis en el Hospital Simón Bolívar. **CONTESTÓ.** Él entraba a las 7:00 am y salía a las 5:00 pm, de lunes a viernes. **PREGUNTADO.** Indíqueme al Despacho cuál era el horario de trabajo que debía cumplir el personal de planta dentro del Hospital Simón Bolívar, ejerciendo las funciones del actor. **CONTESTÓ.** De 7:00 am a 5:00 pm, horario de lunes a viernes únicamente, no cumplían, ellos no iban los fines de semana.*

Testimonio Luis Hernando Rodríguez Reyes

***PREGUNTADO.** Recuerda cuál era el horario de trabajo. **CONTESTÓ.** El horario de trabajo era de 7:00 a.m. a 5:00 pm. de lunes a viernes porque en demasiadas oportunidades nos vimos obligados a asistir sábados o domingos o festivos de acuerdo con las necesidades o las órdenes que nos dieran directamente en la entidad **PREGUNTADO.** por qué el actor debía cumplir un horario de 7:00 am a 5:00 pm y quién le decía a él, quién le impartía esa directriz del cumplimiento de horario. **CONTESTÓ.** Todos los que hacíamos parte del Fondo Financiero seguíamos las directrices que nos dieran pues tres personas básicamente Javier Soacha, Marcela Sánchez y el Dr. Mauricio Sopó que era el Gerente Financiero y ellos decidían, pues esa era la orden de ellos, horario de 7 a.m. a 5 p.m., el almuerzo si pues por ejemplo en el caso de José Miguel él salía de 12:00 m a 1:00 p.m. a almorzar y yo salía de 1:00 p.m. a 2 p.m. porque la orden era que la oficina nunca podía permanecer sola,*

siempre tenía que haber alguien ahí, nos indicaban horarios y cuando teníamos que ir los fines de semana o festivos.

Testimonio de Hermes Guarnizo Barragán

PREGUNTADO. *Cuál era el horario de trabajo.* **CONTESTÓ.** *De lunes a viernes de 7 a 5, yo tenía el mismo horario.* **PREGUNTADO.** *Porque debía el demandante cumplir este horario y quién les decía la jornada laboral.* **CONTESTÓ.** *Javier Soacha, Marcela y Mauricio Sopó Solano, nos asignaban horario para atender público, nos hacían ir los sábados domingos, incluso por las noches. Ese tiempo extra no se tuvo en cuenta, ni se canceló.*

De lo declarado por los testigos, se puede evidenciar que el señor José Miguel Sarmiento Galvis, trabajó en el Hospital Simón Bolívar III Nivel -hoy- Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, del 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016, de manera continua e interrumpida²⁹, desempeñando sus actividades como auxiliar financiero, cumpliendo un horario de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., y desempeñando unas funciones determinadas por el Hospital; manifestaciones que contrastan con la prueba documental allegada al plenario, referente a las certificaciones de los vínculos contractuales, a algunos de los contratos que suscribió el actor con la entidad accionada junto a la relación de pagos mensuales reportados por la entidad bancaria Davivienda en esos períodos.

- Del personal de Planta.

Los testigos, Edyth Lozano Girón, Luis Hernando Rodríguez Reyes y Hermes Guarnizo, manifestaron que las funciones desempeñadas por el demandante igualmente eran realizadas por personal de planta. La señora Lozano Girón, refirió que para los años 2010 a 2016 existía el cargo de Auxiliar Financiero y hubo una persona de planta que se llamaba Ana María Sánchez, que ella también hacía lo mismo que el demandante, en el mismo horario.

Por su parte el señor Luis Hernando Rodríguez Reyes afirmó igualmente que había personal de planta cumpliendo las mismas funciones, pero que pertenecían a las EPS's y ARS's, y el cargo en la planta se denominaba auxiliar financiero o administrativo, que trabajaban en el mismo horario, pero los que estaban vinculados por contrato de prestación de servicios, en ocasiones debían quedarse más tiempo del habitual.

²⁹ Los dos últimos testigos culminan sus actividades con el Hospital Simón Bolívar E.S.E., en período anterior, 31 de diciembre de 2014, pero les consta que el accionante continuó al servicio de la entidad.

Finalmente, el señor Hermes Guarnizo Barragán, ratifica que las funciones desarrolladas por el actor lo eran también por personal de planta, recordando dos personas "Mario y Ana María", con la misma jornada laboral, pero a quienes la entidad les pagaba la EPS y les reconocía el pago de primas.

De lo manifestado se podría concluir que las actividades ejecutadas por el demandante eran efectuadas por personal de planta, quienes devengaban otras prestaciones por las mismas actividades y en el mismo horario; no obstante, más adelante se analizarán las pruebas documentales referentes a la planta global del fusionado Hospital Simón Bolívar.

- **Subordinación.**

Los testigos de manera unánime indicaron que tenían un Coordinador o jefe inmediato encargado de controlar el cumplimiento del horario, el cumplimiento en la ejecución de sus actividades y el otorgamiento de los permisos requeridos, sin que pudieran dejar de asistir a su lugar de trabajo, previa autorización, así:

Testimonio de Edyth Lozano Girón:

PREGUNTADO. Recuerda usted porqué el actor debía cumplir este horario de trabajo, o si existía dentro de la entidad algún coordinador o algún jefe inmediato que organizara o le indicara de qué hora a qué hora tenía que laborar él. **CONTESTÓ.** Sí señora, teníamos una Jefe Marcela Sánchez que era nuestra Coordinadora y ella era la que nos obligaba a cumplir con el horario. **PREGUNTADO.** Manifieste a este Despacho si usted recuerda como era el sistema de los permisos cuando el actor debía ausentarse de su lugar de trabajo o si se podía retirar de manera autónoma de su lugar de trabajo sin pedir una autorización o consentimiento de algún superior. **CONTESTÓ.** Nos tocaba firmar un formato y pasárselo a la jefe Marcela Sánchez para que ella nos diera el permiso. **PREGUNTADO.** Recuerda usted cómo era cuando la entidad llamaba la atención por el desempeño de alguna distinta actividad, cómo era ese llamado de atención que efectuaba la administración tanto al personal de planta como a los contratistas. **CONTESTÓ.** A los contratistas lo hacían verbalmente y de pronto cuando se llegaba tarde nos hacían quedar cumpliendo con el horario, o sea para reponer el tiempo que se perdió y a los de planta los hacían por escrito. **PREGUNTADO.** Indíqueme a este Despacho si el señor José Miguel Sarmiento Galvis para la ejecución de sus distintas labores debía cumplir órdenes, en caso afirmativo de quién. **CONTESTÓ.** Los jefes eran Marcela Sánchez y Rafael Mauricio Sopó eran los jefes de nuestra área. **PREGUNTADO.** Para que adicione la respuesta, le he preguntado si el actor tenía que cumplir unas órdenes, él las cumplía de manera autónoma o debía seguir alguna directriz que impartiera la entidad para la ejecución de sus actividades. **CONTESTÓ.** Se debían seguir instrucciones que impartiera la entidad por órdenes de los dos jefes.

Testimonio Luis Hernando Rodríguez Reyes

PREGUNTADO. *Cómo era el sistema de permisos en la entidad.* **CONTESTÓ.** (...) *siempre que debía por alguna razón ausentarse tenía que pedir permiso con anticipación, digamos los viernes siempre teníamos reunión a las 7:00 de la mañana y si uno no llegaba a las 7 en punto, por ejemplo, nos sacaban multas económicas por no asistir puntualmente, siempre que se fuera a ausentar tenía que ser justificado o por una incapacidad médica o con un permiso previo.* **PREGUNTADO.** *Cómo la entidad efectuaba los llamados de atención.* **CONTESTÓ.** *Generalmente en la reunión de los viernes, de manera pública hacían los llamados de atención, de acuerdo con las fallas que ellos consideraran* **PREGUNTADO.** *Si el Demandante cumplía órdenes y de quién o si era autónomo.* **CONTESTÓ.** *Obedecían a las órdenes de los jefes (...).*

Testimonio Hermes Guarnizo Barragán

PREGUNTADO. *Cómo eran los Permisos.* **CONTESTÓ.** *No nos podíamos ausentar porque tocaba hacer el trabajo personalizado, nos descontaban los días, además los permisos eran negados.* **PREGUNTADO.** *El demandante debía cumplir órdenes.* **CONTESTÓ.** *El cumplía órdenes y yo me enteraba porque las órdenes se daban verbales y todos los que estábamos en el recinto nos dábamos cuenta.*

De lo declarado ante el Despacho, el demandante recibía órdenes de los jefes inmediatos, además, los permisos debían solicitarse para ser autorizados por la entidad, pues en ningún momento podía delegar sus funciones, que además eran cumplidas dentro de un horario fijado por la entidad.

En cuanto a los **aportes a salud y pensión**, todos los testigos señalaron que debían ser pagados por el demandante, previo al pago mensual que efectuaba el Hospital Simón Bolívar.

De otra parte, coincidieron en afirmar que no tuvieron conocimiento de que el demandante se hubiera desempeñado en otro empleo, durante el periodo que laboró con el Hospital Simón Bolívar.

Así mismo, con los testimonios se logró concluir que los honorarios devengados por el demandante eran consignados mensualmente por el Hospital en la cuenta de Davivienda y eran diferentes al salario percibido por el personal de planta, debido a que no se les reconocía prestaciones sociales.

De la declaración de terceros confrontadas con las pruebas documentales aportadas al proceso, de su análisis y rigurosa valoración, se puede colegir:

- La prestación personal de los servicios del demandante en las instalaciones del Hospital Simón Bolívar - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. en el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016, cuya interrupción contractual certificada por la entidad entre la fecha de finalización del contrato de prestación de servicios No. 173/2014 y el inicio del contrato No. 0885/2015, **por un lapso de 3 meses y un día**, ha quedado desvirtuada, en atención a que se acredita consignaciones en la cuenta bancaria DAVIVIENDA, para los meses de octubre a diciembre de 2014, por parte del entonces Hospital Simón Bolívar³⁰. Aunado a lo anterior, los testigos declararon pese a su retiro de la entidad (31 de diciembre de 2014) que el actor en todo el tiempo que coincidió con la prestación de servicios ejecutada por estos, prestó el servicio de manera continua sin alguna interrupción.
- Durante el periodo del 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016, el señor José Miguel Sarmiento Galvis, fue contratado en la modalidad de prestación de servicios por parte del otrora Hospital Simón Bolívar III Nivel hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E, con el fin de desconocer sus obligaciones prestacionales³¹, de tal manera, al contratarse al demandante para realizar una actividad de carácter misional y permanente de la entidad, que afectó sus derechos legales y prestacionales, esta se torna ilegal, según los parámetros normativos referenciados en la parte considerativa de la presente providencia.
- El horario en el que el accionante realizó sus actividades fue de manera continua dentro de la entidad, de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 5 p.m.
- Dentro de la planta de personal del Hospital Simón Bolívar III Nivel, existía un cargo de Asistente Financiero que desempeñaba las funciones del actor, lo cual es manifestado en las declaraciones rendidas por los testigos; con todo, en las pruebas documentales allegadas al plenario, ver CD's que contienen la Planta de Personal, se incorpora el Acuerdo N° 003 de 17 de marzo de 2006, *“Por medio del cual se ajusta el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de Planta de Personal del Hospital Simón Bolívar III Nivel,*

³⁰ Ver fls. 249 a 324 del exp.

³¹ Ver fls. 89, 217 y 349 del exp.

Empresa Social del Estado”³², suprime y crea cargos en la planta de personal.

- De acuerdo con lo anterior se expide la Resolución No. 305 del 21 agosto de 2007 *“Por la cual se ajusta el Manual de Funciones y de Competencias Laborales de la Planta de Personal del **HOSPITAL SIMÓN BOLÍVAR III NIVEL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO** en cumplimiento de lo establecido en el decreto 785 de 2005 y el Acuerdo No. 03 del 17 de marzo de 2006 de su Junta Directiva”*, en el que se observa que en el nivel asistencial existen las siguientes dependencias **SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y SUBGERENCIA FINANCIERA Y COMERCIAL, SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA GRUPO FUNCIONAL DE GESTION DOCUMENTAL, SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y SUBGERENCIA FINANCIERA Y COMERCIAL, SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA, GRUPO FUNCIONAL DE ADMISIONES Y FACTURACION** y en cada una existe la denominación Auxiliar Administrativo, Código 407, grados: 21, 16, 14, 13, 11 y 09, con un total de 32 cargos.
- Revisadas las funciones que se señalan en dicho Manual con las que se describen en el objeto del contrato, como son: 1) Recepcionar las facturas generadas a los contratos del FFDS³³ frente a listados generados en el sistema de información. 2) Generar informe diario de entrega de facturas y entrega de devoluciones para la retroalimentación y fines pertinentes. 3) Solicitud de historias clínicas para verificar soportes o pertinencia de las facturas que se requiera de acuerdo a la auditoría en el armado de la cuenta. 4) Atender usuarios que requieran soportes o documentos que reposen en facturas ya generadas en el FFDS; ninguno de los cargos denominados “Auxiliar Administrativo” cumple estas funciones; empero, debe destacarse que el Acuerdo 003 de 2006 y Resolución 305 de 2007, datan con antelación a la suscripción de los contratos que realiza el actor - 18 de febrero de 2010-.
- Posteriormente se expidió el Acuerdo 007 de 2011 *“Por el cual se establece la estructura organizacional del Hospital Simón Bolívar”* y, el Acuerdo número 12 de 2015 del 02 de junio de 2015, *“Por medio del cual se modifica el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Planta Global del Personal del Hospital Simón Bolívar III Nivel E.S.E”*³⁴; último en el que se observa que en la Planta existen cargos en el Nivel Asistencial – Auxiliar Administrativo, pero las

³² Ver CD’s fls. 74 y 97 del exp.

³³ Fondo Financiero de Salud

³⁴ Ver CD obrante a fl. 97 del exp.

funciones asignadas a tales cargos no son las que se detallan en el objeto contractual.

- La dependencia y subordinación del actor al Hospital Simón Bolívar III Nivel -hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte ESE, por cuanto, debía cumplir horario, recibía órdenes de tiempo, modo y lugar y al ausentarse de su lugar de trabajo debía solicitar la autorización al jefe inmediato, pues, no podía delegar de forma autónoma sus funciones.
- La remuneración recibida conforme a la prestación de servicios de acuerdo con lo pactado en cada uno de los contratos suscritos por las partes, en calidad de honorarios mensuales, conforme con los extractos bancarios visibles a folios 249 a 324 del expediente.
- Que durante el año 2010 hasta junio de 2016, el señor José Miguel Sarmiento Galvis, prestó sus servicios únicamente al Hospital Simón Bolívar, al no obrar prueba en contrario.
- De igual forma, queda demostrado que, la entidad accionada decidió celebrar con él 17 contratos de prestación de servicios sucesivos (más 6 adiciones y 6 prórrogas), entre el 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016, evidenciándose así, por parte de la entidad demandada el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios, tal como consta en cada uno de los contratos certificados y algunos aportados por la entidad.

Ahora, como se enunció anteriormente, de las pruebas recaudadas se infiere con toda claridad la subordinación de que se revistió la presunta relación contractual suscrita, toda vez, que el demandante al desarrollar la actividad para el que fue contratado sucesivamente se encontraba sujeto al cumplimiento de horario, a la supervisión, las directrices y subordinación directa de los jefes inmediatos, quienes tenían injerencia sobre las tareas por él desempeñadas.

Extraño es que en una relación en la que se supone una total autonomía e independencia en desarrollo de la actividad contratada, se exija el cumplimiento de horario de trabajo en un lugar específico lo que demuestra el control y supervisión de la Entidad sobre la labor del demandante, 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 tanto en la contestación como en los alegatos de conclusión presentados por la entidad demandada.

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

Debe precisarse, que aunque en la planta global no existe un auxiliar en el área financiera con las mismas funciones desarrolladas por el demandante, el servicio prestado por este sí corresponde a una labor permanente y misional de la entidad³⁵, para lo cual, se destaca que el factor que impera en el contrato de prestación de servicios es que tenga una vigencia temporal, aspecto que no subyace en los contratos del actor. Sobre el particular, la jurisprudencia reiterada del H. Consejo de Estado, avizora que *"... 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, es necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes y de ser necesario cree el empleo público en la respectiva planta previendo sus emolumentos en el presupuesto correspondiente"*.

Es así que, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio 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 Auxiliar Financiero, surgiéndole el derecho a que sea reconocida su relación laboral, confiriéndole al contratista las prerrogativas de orden prestacional.

³⁵ Tal como aparece certificado por la entidad accionada.

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

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

“(…)

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

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

Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfracó 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 contratos de prestación de servicios y que logran demostrar la existencia de una relación laboral, lo son a título de restablecimiento del derecho, pues aunque queda desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, dicha vinculación no

puede tener la misma connotación que la del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, en el entendido que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como los presupuestos de ley (nombramiento, posesión) requisitos que no se observan en la situación concreta de la accionante.

Por lo anterior, esta Agencia Judicial **declarará la nulidad** del oficio No. 110 con Radicado 20161100003781 del 22 de diciembre de 2016, 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 José Miguel Sarmiento Galvis y el Hospital Simón Bolívar - hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.; **y a título de restablecimiento** ordenará a la entidad accionada reconocer y pagar al actor todos los **emolumentos y prestaciones sociales devengados por el personal de planta**, en los periodos del 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016, tomando como fundamento la remuneración pactada en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, dado que el cargo como tal no existió en la planta global, o al menos, no con las mismas funciones ejecutadas por el actor.

En cuanto a la diferencia concerniente a los aportes al sistema de seguridad social, la entidad accionada deberá tomar durante el tiempo comprendido entre el **18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016** 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, se deberá tener en cuenta la documental obrante a folios 156 a 162, en la que se acredita las cotizaciones que el demandante realizó al mencionado Sistema de Seguridad Social durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no se reporten o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

Respecto al pago de la indemnización moratoria, es de señalar que esta es improcedente, toda vez que, 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 la entidad accionada de reconocer y pagar el auxilio de la cesantía, sólo en el evento que no hubiese realizado su reconocimiento y pago, por lo que resulta improcedente la reclamación de la indemnización moratoria.³⁶

En lo concerniente a la devolución de los valores de retención, el Despacho negará la devolución de estos, como quiera, que al ser un *“cobro anticipado de un impuesto, que bien puede ser el de renta por los honorarios percibidos por el actor al suscribir los contratos de prestación de servicios, cuyo trámite de devolución debe realizarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN una vez hubiese presentado la declaración de renta, empero, como en el sub-judice no existe siquiera prueba sumaria de que ello hubiere ocurrido, no están los elementos de juicio suficientes, y si en gracia de discusión existieran, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por controversias laborales no es la idónea para ventilar dicha pretensión.”*³⁷

Finalmente, con relación a los perjuicios morales la instancia no los reconocerá, como quiera que la parte actora no demostró su causación.

4.4. PRESCRIPCIÓN:

El Despacho entrará a resolver la excepción de prescripción presentada por la entidad, de tal manera se analizará si en el presente asunto ha ocurrido el fenómeno jurídico de la prescripción, advirtiendo que en la sentencia de unificación del Honorable Consejo de Estado de 25 de agosto de 2016, referida líneas atrás, se establecieron unas reglas jurisprudenciales al respecto, 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*

³⁶ Véase sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

³⁷ Sentencia de Consejo de Estado - Sección Segunda - Subsección “A” C.P. William Hernández Gómez, fecha 27 de abril de 2016, Sentencia Consejo de Estado - Sección Segunda – C.P. Luis Rafael Vergara, fecha 13 de junio de 2013.

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.

En el caso bajo estudio, se observa que el último contrato celebrado entre el señor José Miguel Sarmiento Galvis y el Hospital Simón Bolívar hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. finalizó el 30 de junio de 2016, radicó la reclamación administrativa de sus prestaciones sociales y salariales el 16 de septiembre de 2016³⁸, y radicó demanda contenciosa administrativa el día 24 de marzo de 2017³⁹, es decir dentro del término de los tres (3) años. Por lo anterior, se impone despachar desfavorablemente la excepción de prescripción formulada por el apoderado de la entidad accionada.

Analizada la demanda, su contestación, el material probatorio allegado al informativo y el decretado, 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.

Finalmente, se advierte que obra memorial del 4 de septiembre de 2019, por el cual el apoderado de la entidad demandada manifiesta que renuncia al poder conferido y, allega comunicación dirigida a la Oficina Jurídica de la Subred Norte ESE⁴⁰.

De conformidad con el inciso cuarto del artículo 76 del C.G.P., según el cual *“la renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido”*; el Despacho **aceptará la renuncia de poder presentada por el Dr. JONATAN RIVERA VANEGAS identificado con cédula de ciudadanía No. 80.931.890 y T.P. No. 223431 del C.S. de la J.**

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,

³⁸ Ver fl. 70-73 del exp.

³⁹ Ver fl. 68 del exp.

⁴⁰ Ver folios 364 a 366 del exp.

F A L L A

PRIMERO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada para el reconocimiento de la relación laboral y pagos de las acreencias laborales, **entre el periodo comprendido del 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016**, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Declarar la nulidad del Oficio No. 20161100003781 (110) del 22 de diciembre de 2016, mediante el cual se negó la existencia de una relación laboral entre el demandante y la entidad accionada, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que de allí se deriven.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **Condenar** a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., así:

a) **A reconocer, liquidar y pagar** al señor **JOSÉ MIGUEL SARMIENTO GALVIS** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.153.423 de Bogotá, **todos los emolumentos y prestaciones sociales devengados por un empleado de planta de la entidad, en el periodo comprendido entre el 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016**, tomando como fundamento la remuneración pactada en cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

b) **A reconocer, liquidar y pagar** al accionante **las diferencias resultantes en los aportes al Sistema de Seguridad Social por los periodos comprendidos 18 de febrero de 2010 al 30 de junio de 2016**, entre los 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, se deberá tener en cuenta las cotizaciones que realizó al mencionado sistema 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.

- c) Declarar** que el tiempo laborado por el actor, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.
- d)** Las sumas que deberá cancelar la entidad accionada, tendrán que ser ajustadas en los términos del artículo 187 del CPACA., teniendo en cuenta la siguiente fórmula:

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

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por el demandante 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.

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

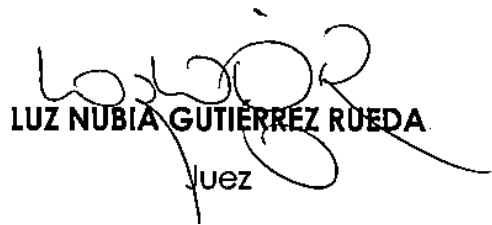
QUINTO: La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del CPACA.

SEXTO: Sin costas en la instancia.

SEPTIMO: Aceptar la renuncia de poder presentada por el Dr. JONATAN RIVERA VANEGAS identificado con cédula de ciudadanía No. 80.931.890 y T.P. No. 223431 del C.S. de la J.

OCTAVO: Una vez en firme esta sentencia devuélvase a la parte actora el remanente de los gastos procesales, si hubiese lugar al mismo, y archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE



LUZ NUBIA GUTIERREZ RUEDA
JUEZ