



REPÚBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veinte (2020).

Expediente: **11001-3342-051-2019-00002-00**
Demandante: **FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ**
Demandado: **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.**

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SENTENCIA No. 139

I. ASUNTO A RESOLVER

Procede el despacho a dictar SENTENCIA de PRIMERA INSTANCIA dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Fanny Lucia Caro Hernández, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 41.734.274, contra la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.

II. ANTECEDENTES

2.1. PRETENSIONES (fls. 92-100):

La demandante solicitó la nulidad del Oficio 20181110155011 del 12 de julio de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales como consecuencia de la existencia de un contrato realidad.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó reconocer y declarar que entre la entidad demandada y la demandante existió una verdadera relación laboral, dentro del tiempo comprendido entre el 22 de diciembre de 2005 al 19 de diciembre de 2017, en el que se desempeñó como auxiliar de laboratorio, y en consecuencia condenar a la entidad a: i) reconocer y pagar las prestaciones sociales en igualdad de condiciones a los empleados de planta, tales como auxilio de cesantías, intereses sobre cesantías, prima semestral, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, vacaciones, bonificación especial de recreación, bonificación por servicios, horas extras, recargos nocturnos, diferencia entre sueldos pagados y los asignados al cargo que se reclama, y la seguridad social integral; ii) ordenar efectuar el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión por el tiempo de servicios prestados bajo la modalidad de O.P.S. y reconozca el tiempo laborado durante el periodo reclamado se compute para efectos pensionales; iii) reintegrar los dineros que se descontaron del salario por concepto de retención en la fuente y pago de seguridad social; iv) efectuar la correspondiente liquidación sean cancelados juntos con los intereses moratorios y actualizados teniendo en cuenta la corrección monetaria; v) reconocer y pagar la indemnización consagrada en la Ley 244 de 1995 por el no pago oportuno de las cesantías; vi) reintegrar a la demandante los valores cancelados por la demandante por concepto de pólizas para amparar los contratos de prestación de servicios; vii) ordenar pagar la liquidación de todos los conceptos salariales y prestacionales con base en el valor más alto que se determine entre los pactados en los contratos de prestación de servicios y los asignados al cargo equivalente en la planta de cargos.

2.2. HECHOS

Como sustento fáctico de las pretensiones, el apoderado de la parte actora adujo que la demandante inició labores el 27 de diciembre de 2005 al 19 de diciembre de 2017, en la E.S.E. Hospital Simón Bolívar hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., como auxiliar de laboratorio.

Indicó que la demandante estuvo trabajando en la entidad demandada por 12 años continuos, siempre cumpliendo horario según agendas de trabajo y órdenes impartidas.

Agregó que la entidad demandada era quien fijaba los turnos y/u horarios realizando la atención a pacientes, el cual corresponde directamente con el objeto social, labor misional servicios

Expediente: 11001-3342-051-2019-00002-00
Demandante: FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

ofertados y habilitados por la entidad demandada.

Hizo alusión al Decreto 1335 de 1990, por el cual se expide parcialmente el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, en el que se contempla la existencia del cargo de auxiliar de laboratorio.

2.3. NORMAS VIOLADAS

En criterio de la parte actora, el acto administrativo acusado trasgrede las siguientes normas:

- Constitución Política: Artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209.
- Inciso 4° del artículo 2° del Decreto Ley 2400 de 1968.
- Artículo 209 del Decreto 1950 de 1973.
- Numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.
- Artículos 1 y 2 de la Ley 909 de 2004.
- Artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011.
- Decreto 1335 de 1990.

2.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Adujo que la demandante desde la fecha de vinculación con el Hospital Simón Bolívar E.S.E.- hoy la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E.-, y que data desde el 27 de diciembre de 2005, siempre fue una funcionaria que cumplió con sus deberes, ordenes, horarios y demás como servidora pública, a pesar del trato desigual que le dio la entidad demandada.

Por otra parte, adujo que de la lectura de los contratos de prestación de servicios profesionales se establece que son uniformes, la motivación es clara respecto de que la empresa requiere cumplir con la labor misional que por Ley le corresponde, por lo que el régimen jurídico invocado por la demandada no corresponde con la realidad.

Finalmente, citó jurisprudencia del Consejo de Estado y la Corte Constitucional en torno al tema.

2.5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 107-113):

Admitida la demanda mediante auto del 12 de febrero de 2019 (fl. 30), y notificada en debida forma, conforme lo dispuesto en el referido auto admisorio (fls. 67-69), y admitida la reforma de la demanda (fl. 105), la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. presentó escrito de contestación en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Propuso las siguientes excepciones de fondo:

-Legalidad del acto administrativo acusado: señaló que el acto administrativo demandado fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico y su emisión responde a todas las prescripciones legales, por lo que al acto administrativo es válido y eficaz.

-Falta de causa e inexistencia de la obligación: adujo que, si bien es cierto entre la demandante y la entidad demandada se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, ello no implica que se dé por hecho, como lo pretende la parte actora, la subsistencia de una relación o vínculo laboral. Agregó que hay que tener en cuenta que el contrato de prestación de servicios es de naturaleza civil y no laboral, que el hecho de que el contratista tenga una dedicación temporal suficiente o que se repitan contratos de prestación de servicios con una finalidad similar, cuando no existe el empleo en la planta del personal, per se no convierte dicha relación contractual administrativa en relación legal y reglamentaria, más cuando la labor encomendada no hace parte de la esencia del cometido de la entidad pública.

-Inexistencia de la calidad de empleado público: Teniendo en cuenta la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, no puede predicarse la calidad de empleado público, ni que la demandante ha desempeñado funciones públicas.

-Genérica: invocó que se decrete cualquier excepción que pueda llegar a presentarse.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2.6. AUDIENCIA INICIAL

La audiencia inicial prevista en el Artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 se instaló el 16 de octubre de 2019, como consta a folios 119-121, en desarrollo de la cual se saneó el proceso, se declaró agotada la etapa de excepciones previas y, una vez fijado el litigio, se procedió al decreto de las pruebas correspondientes y se señaló el día 23 de octubre de 2019 para la audiencia de pruebas.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El 23 de octubre de 2019, se instaló audiencia de práctica de pruebas (fls. 129-130), en la cual se recepcionó el interrogatorio a la demandante y los testimonios decretados, y se prescindió de la etapa probatoria y posteriormente, mediante auto del 25 de febrero de 2020 (fl. 151), se corrió traslado a las partes por el término de diez (10) días para presentar escrito de alegaciones finales.

Alegatos de la parte demandante (fls. 159-160): la parte actora reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Agregó que el acta de inducción de fecha 04 de 2006, suscrita por la demandante y la señora María Olga Campuzano, no fue refutada o tachada por la parte demandada, así como ninguno de los demás documentos aportados durante el proceso de manera legal, e incorporados al mismo.

Alegatos entidad demandada (fls.153-158): la entidad demandada insistió en los argumentos expuesto en la contestación de la demanda y añadió que la parte actora no cumplió con la carga de probar que las actividades desempeñadas por ella existieran en la planta del personal de la entidad demandada, y que las actividades que cumplió hicieran parte del objeto misional de esta. Únicamente se allegó al expediente certificado de números de contratos, períodos y valores, es decir, no demostró que la actividad que cumplió correspondía a las que desarrollan los servidores de planta bajo subordinación o dependencia.

III. CONSIDERACIONES

3.1. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a determinar la legalidad del acto administrativo demandado y el restablecimiento del derecho deprecado para lo cual se establecerá si de la relación contractual existente entre la señora Fanny Lucía Caro Hernández y la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E. se configuran los elementos necesarios para declarar la existencia del contrato realidad y como consecuencia de ellos acceder al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones legales y convencionales, cotizaciones correspondientes a salud y pensión, y las demás pretensiones de restablecimiento del derecho formuladas en la demanda.

3.2. DEL FONDO DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado, se efectuará en primera medida un recuento del material probatorio arrimado al plenario, posteriormente, un análisis normativo tanto a la luz del derecho internacional como del derecho interno y, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial, se resolverá lo correspondiente en el caso concreto.

Acervo probatorio

Del material probatorio arrimado al plenario, se destaca:

1. Certificación de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la Subred Integrada de Salud Norte E.S.E. (fl. 24 y fl. 141 cd):

No. de Contrato	Fecha de Inicio	Fecha Final
0262-2008	01 de enero de 2008	31 de enero de 2008
0828-2008	01 de febrero de 2008	31 de julio de 2008
1557-2008	01 de agosto de 2008	31 de agosto de 2008
2113-2008	01 de septiembre de 2008	31 de diciembre de 2008

Expediente: 11001-3342-051-2019-00002-00
Demandante: FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

0260-2009	02 de enero de 2009	31 de enero de 2009
0797-2009	01 de febrero de 2009	31 de mayo de 2009
1385-2009	01 de junio de 2009	30 de junio de 2009
1909-2009	01 de julio de 2009	30 de septiembre de 2009
3048-2009	01 de octubre de 2009	31 de diciembre de 2009
0281-2010	04 de enero de 2010	31 de enero de 2010
0883-2010	01 de febrero de 2010	28 de febrero de 2010
1557-2010	01 de marzo de 2010	31 de marzo de 2010
2253-2010	01 de abril de 2010	31 de julio de 2010
3205-2010	01 de agosto de 2010	31 de diciembre de 2010
0119-2011	01 de enero de 2011	31 de enero de 2011
0858-2011	01 de febrero de 2011	28 de febrero de 2011
1624-2011	01 de marzo de 2011	30 de abril de 2011
2548-2011	01 de mayo de 2011	31 de agosto de 2011
3377-2011	01 de septiembre de 2011	31 de octubre de 2011
4165-2011	01 de noviembre de 2011	31 de diciembre de 2011
0074-2012	01 de enero de 2012	29 de febrero de 2012
1052-2012	01 de marzo de 2012	31 de diciembre de 2012
0066-2013	02 de enero de 2013	31 de diciembre de 2013
0684-2014	01 de enero de 2014	31 de diciembre de 2014
0127-2015	02 de enero de 2015	31 de enero de 2015
1084-2015	02 de febrero de 2015	31 de diciembre de 2015
0366-2016	01 de enero de 2016	31 de enero de 2016
1466-2016	01 de febrero de 2016	31 de julio de 2016
0309-2016	01 de agosto de 2016	31 de diciembre de 2016
0281-2017	01 de enero de 2017	19 de diciembre de 2017

Así mismo, la entidad demandada certificó actividades que desarrolló la demandante como auxiliar de laboratorio, las siguientes:

- Asistir a las profesionales de bacteriología con procedimientos asistencia es de apoyo, propios del nivel auxiliar.
- Realizar toma y recolección de las muestras, garantizando una adecuada identificación.
- Realizar la preparación, disposición de insumos y montaje de muestras para el análisis por parte del profesional en bacteriología.
- Brindar información al usuario (interno o externo) sobre los procesos para acceder al servicio.
- Reportar oportunamente al profesional de laboratorio las anomalías en la prestación del servicio.
- Ingreso de cargos de facturación.
- Entrega de reporte a camilleros.
- Entrega de resultado de consulta externa.
- Cumplir con lo contemplado en el manual de bioseguridad.
- Asistir a las capacitaciones y reuniones citadas.
- Otras actividades de acuerdo al perfil y según las necesidades del servicio.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

2. Obra copia del expediente administrativo de la demandante, en la cual se encuentran los contratos suscritos por la demandante con la entidad demandada, además de los relacionados en el numeral anterior, los siguientes (fl. 86 Cd – carpeta 3 y 6 y fl. 141 A cd):

No. de contrato	Fecha de inicio	Fecha final
2216-2007	01 de diciembre de 2007	31 de diciembre de 2007
Contrato de transacción	01 de noviembre de 2007	30 de noviembre de 2007
1624-2007	01 de septiembre de 2007	31 de octubre de 2007
832-2007	01 de febrero de 2007	31 de agosto de 2007
Orden de servicio 253	02 de enero de 2007	30 de enero de 2007
Orden de servicio 1109	01 de agosto de 2006	31 de diciembre de 2006
Contrato de transacción	01 de julio de 2006	31 de julio de 2006
Orden de servicio 504	7 de febrero de 2006	30 de junio de 2006
Orden de servicio 447	16 de enero de 2006	06 de febrero de 2006
Orden de servicio 3016	29 de diciembre de 2005	12 de enero de 2006

3. Obra el cuestionario resuelto por el representante legal de la entidad, en el que advierte lo siguiente (fl. 142 inv-rev):

“(…)

Respuesta 1. En las obligaciones como contratista no se encuentra cumplir un horario para la prestación del servicio, así como se estableció en los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes (...).

Respuesta 2. El Hospital Simón Bolívar, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E., tenía autonomía para programar los turnos, para la prestación de servicios de salud en todas sus áreas, incluyendo personal de planta y por contratos de prestación de servicios (...).

Respuesta 3. Las actividades ejecutadas por la demandante no generan carácter de permanencia por el simple hecho de suscribir contratos de prestación de servicios de manera continua en la entidad y dichas actividades se fueron desarrollando de acuerdo a la constante necesidad del servicio.
(...)

Respuesta 5. La contratista nunca fungió como empleado público, ya que la relación entre las partes se generó de un contrato de prestación de servicios, por lo que no se reúnen los requisitos constitucionales de nombramiento o selección, ni mucho menos el de posesión, debiendo remitirse a lo contestado en la demanda.
(...)

Respuesta 7. La inducción que se programa no solamente para los contratistas, sino para los funcionarios de planta de personal , es una labor cíclica que adelanta la Dirección de Gestión Humana, y no tiene otra finalidad que a de recordar aspectos generales del servicio asistencial, al que nos hemos comprometido, los servidores públicos al jurar cumplir con la Constitución y la Ley y los contratistas al firmar las órdenes de servicios en aras del cumplimiento del objeto contractual.”

4. Obra copia del acta de inducción del 04 de enero de 2006, suscrita por la demandante y la jefe de laboratorio de la entidad demandada, la señora María Olga Campuzano, en la que señaló entre otros, que se le realizó la inducción a la demandante, sus diferentes secciones, las labores a realizar, la distribución de turnos, y la obligación de entrega de los mismos. (fl. 101).

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

5. Fue allegado un cd a folio 1 del expediente, el cual contiene el estatuto de contratación de la entidad demandada Acuerdo 1231 de agosto de 2004, el extracto de manual de funciones del cargo de auxiliar del área de salud, sin relación del año e identificación del mismo, perteneciente al Hospital de Usaquén el cual no corresponde al Hospital Simón Bolívar en la que la demandante prestó sus servicios.

No obstante, revisada la página web¹ de la entidad demandada se encuentra el Manual de Funciones adoptado por el Hospital Simón Bolívar III Nivel mediante Resolución 305 de 2007, en el cual se estableció el cargo de auxiliar área salud código 412 grado 11, en el que tenía las siguientes funciones:

1. Ejecutar labores auxiliares de laboratorio en la institución.
2. Apoyar en la toma de muestras, separarlas y distribuirlas para las diferentes secciones del laboratorio.
3. Dar entrada a las muestras y registrarlas de acuerdo con las normas preestablecidas.
4. Recibir y recolectar las muestras que se van analizar de acuerdo con los exámenes solicitados.
5. Preparar el material necesario para realizar los trabajos de laboratorio y montar pruebas requeridas.
6. Lavar el material siguiendo instrucciones específicas de acuerdo a la sección.
7. Llamar a pisos para pedir muestras.
8. Dar instrucciones específicas al usuario sobre la forma de como recolectar la muestra (...).
9. Velar por el cuidado, mantenimiento y asepsia de los aparatos, elementos y demás equipos de laboratorio.
10. Llevar registro y archivo de los trabajos realizados.
11. Realizar pedidos de almacén y sacar pedido diario.
12. Llevar y traer pedidos al cuarto frío.
13. Entregar los resultados de los análisis solicitando a quien corresponda la remisión oportuna de los mismos

Posteriormente, el Manual de Funciones fue modificado por el Acuerdo No. 12 de 2015, en el cual se encuentra relacionado el cargo de auxiliar área salud código 412 grado 11, de la Subgerencia Científica- Laboratorio Clínico Procesos Misionales, en el que se identifican las siguientes funciones:

1. Realizar las actividades de apoyo a los profesionales en la toma de muestras, revisión de datos, marcación de las mismas, utilizando adecuada de los elementos, de forma eficiente y oportuna.
 2. Recibir, clasifica y codifica las muestras biológicas y material para recolección de muestras de acuerdo a los procedimientos establecidos de manera oportuna.
 3. Preparar reactivos químicos, soluciones y colorantes de acuerdo a las especificaciones del profesional y a los procedimientos establecidos de manera oportuna.
 4. Cumplir con las normas y procedimientos en materia de seguridad integral, establecidos por la institución para garantizar procedimientos con calidad.
 5. Preparar y registrar muestras biológicas, medio de cultivo y lámina para exámenes en fresco.
 6. Vigilar el cuidado de los equipos e instrumental del servicio tanto en su manipulación como en su almacenamiento, preservándolos y optimizando su utilización.
 7. Realizar la segregación y disposición de los residuos hospitalarios que se generen (...).
 8. Desempeñar las demás funciones relacionadas con la naturaleza del cargo y el área de desempeño.
6. Copia del carnet de la demandante como auxiliar de laboratorio de la entidad demandada (fls. 23, 26-27).
7. En desarrollo de la audiencia de pruebas que se llevó a cabo el 23 de octubre de 2019, se practicó interrogatorio de parte y se escuchó la declaración de los siguientes testigos:

¹ <http://www.subrednorte.gov.co/>

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

- **Interrogatorio de parte Fanny Lucía Caro Hernández:** Adujo que su vinculación a la entidad demandada fue el 27 de diciembre de 2005 hasta el 19 de diciembre de 2017. Adujo que sus funciones era digitar las muestras que llegaban de los pisos, digitar todos los documentos con las muestras que venían en las órdenes, rotularlas, entrarlas al laboratorio, centrifugarlas, y pasarlas a las diferentes secciones del laboratorio para que las bacteriólogas las procesaran, montarlas en las láminas, tomar muestras de fluidos, tomar muestras de sangre, lavar material, esterilizar y demás funciones. Sostuvo que recibió retroalimentación cada mes de lo que hacía, le indicaban que tenía, por ejemplo, que ser más rápida para que las muestras entraran más rápido al laboratorio, por ejemplo, con las pruebas de VIH que llegaran con todos sus documentos al laboratorio para así mismo procesarlas. Agregó que nunca disfrutó de vacaciones. Señaló que con ella había otras personas de planta haciendo las mismas funciones que ella realizaba. Adujo que tenía una jefe general y todas las bacteriólogas porque también le daban órdenes. señaló que ella estaba en la sección de centrifugado, y la bacterióloga le decía que le buscara una muestra de determinada fecha y número, o si ella estaba en la zona de muestras, la jefe general le decía que tenía que pasar a digitar porque la señora Gloria Avellaneda no vino porque está incapacitada, la cual era de planta y a nosotras nos tocaba cubrirla cuando estaba en vacaciones o cuando estaba incapacitada tocaba cubrirla. Sostuvo que cumplía sus funciones en un horario de 7:00 am a 1:00 pm., o de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. o de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., las iban rotando según las necesidades del servicio, o tenía que doblarse de turno cuando alguien faltaba. El horario lo fijaban en una cartelera, ella sabía cuáles eran sus turnos, y si alguien faltaba a cualquiera podían decirle que tenía que cubrir el turno. Señaló que había cambio de funciones, a veces tenía que estar adentro centrifugando las muestras, hacer el montaje en las láminas y pasarlas a las diferentes secciones, como después la podían cambiar a consulta externa a recibirle la documentación a los pacientes y tomar las muestras de sangre o de fluidos, o podía estar en otra sección recibiendo las muestras de hospitalizados para registrarlas en el sistema y rotularlas con sus respectivos documentos. Agregó que las mismas funciones las tuvo durante la relación laboral, en un mismo día podía hacer todas esas funciones y afirmó que la jefe de laboratorio Margarita Frías, que fue la última jefe que tuvo, disponía que hiciera esas funciones. Afirmó que la señora Olga Campuzano fue una jefe que tuvo cuando entró a laboratorio y luego vino la Dra. Piedad Gómez. Añadió que los jefes superiores a los jefes ya mencionados, que dieran direccionamientos respecto del servicio de laboratorio era la jefe Yuli Ayala que era la jefe de apoyo y diagnósticos que vigilaba a la jefe, la cual le dadas órdenes a la jefe de laboratorio. Sostuvo que a ella le programaban los turnos en una cartelera.
- **Testigo Fanny Garzón Serrato:** Manifestó que laboró en la entidad demandada en carrera administrativa en el cargo de secretaria. Indicó que conoce a la demandante porque ella era secretaria de laboratorio clínico y la demandante era contratista como auxiliar de laboratorio. Afirmó que conoció a la demandante desde el 2005 hasta el 2010 aproximadamente, cuando fue trasladada a otro servicio. Adujo que la demandante tenía las mismas funciones que las auxiliares de planta de la institución, ellas como auxiliares tenían que recibir las muestras, registrarlas en el sistema de acuerdo con la solicitud que trajera el paciente, también tomaban muestras de sangre, centrifugarlas y repartirlas a las diferentes dependencias de laboratorio de acuerdo a lo que se solicitara, ellas tenían distribuidas sus funciones de acuerdo al sitio que les tocara ese día. Agregó que la jefe del servicio distribuía a que sitio o en qué semana le tocaba en determinada sección, por ejemplo, la demandante una semana tenía que estar tomando muestras de laboratorio, otro día tenía que estar en hematología, entonces ella tenía que estar pendiente de centrifugar las muestras y pasárselas a las bacteriólogas que tenían que procesar esas muestras y tenía que estar pendiente de las órdenes que ellas le daban, las muestras que tenía que recibir y pasárselas a ella. Refirió que en ningún momento el servicio de laboratorio dejó de prestar sus servicios, los servicios son 24 horas y son prioridad de la institución, ya que para que el médico tenga un diagnóstico lo confirma con exámenes de laboratorio, tanto en la parte de urgencias como de hospitalización es fundamental que se maneje las 24 horas, por tanto el servicio se presta 24 horas, ya que si llega un paciente a urgencias y le toman unas muestras, el resultado debe salir el mismo día, para confirmar un diagnóstico que depende de la vida del paciente. Señaló que para ese proceso de laboratorio las funciones que hacía la demandante eran fundamentales, ya que ellas son las que procesan primero las muestras, las reciben, las montan para que las bacteriólogas

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

las lean. Sostuvo que la demandante recibía órdenes, en el caso de las auxiliares ellas reciben órdenes de las bacteriólogas y de la jefe que las distribuye en determinada sección, por decir si está en hematología la bacteriólogas le ordenan a ella a qué horas debe pasarla las muestras, cuantas debe pasar y cuáles van primero, si las de urgencias, las de consulta externa o las de hospitalizados, dependiendo de la cantidad de trabajo que ellas tengan en ese momento y la auxiliar debe estar disponible para estar entregando las muestras. Señaló que la demandante cumplía un horario, ella estaba dentro de la programación que se hacía mensualmente para las auxiliares porque se distribuía en cuatro turnos, la mañana, la tarde y las dos noches, generalmente ella estaba en el turno de la mañana, ellas tienen horario de las 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y los fines de semana se les programa un sábado o un domingo, ella debía cumplir con los mismos parámetros de las personas de planta. Adujo que ella era la secretaria de servicio, y ella hacía la programación de los turnos por orden de su jefe inmediata, porque eso tenía que hacerse cada mes y tenerla lista para que ellas supieran que turnos tenían y que disponibilidad tenían. Eso tenía una secuencia, cada mes se hacía la programación para ver a cada quien le correspondía cada turno, por ejemplo, las contratistas tenían turnos rotados y se ponía en la cartelera de la oficina y las otras iban a la oficina de talento humano porque ellos tenían que saber que todos los turnos quedaban cubiertos. Agregó que la programación se hacía de los cuatro turnos, casi siempre habían turnos fijos en la mañana, tarde y noche de las niñas de planta, y las de contrato tenían que estar o en la mañana, o en la tarde o en la noche de acuerdo a los compensatorios que tuvieran las de planta, entonces por decir algo si una niña de planta trabajaba el domingo una de contrato tenía que suplirla en el turno que fuera entre semana, la programación se hacía y revisaba que quedara el turno completo el mes, la jefe de turno lo firmaba y se llevaba a la subgerencia científica para que ellos dieran el visto bueno y luego a talento humano que se encargaban de la firma del gerente, quedaba una copia en el laboratorio, en talento humano y otra copia en apoyo y diagnóstico que era dependencia de la Dirección Científica. Adujo que la programación del mes se le anexaba una copia a las novedades para pagarles al personal de planta las horas extras, los dominicales y los recargos nocturnos y el aval de las novedades se anexaban con la programación y se guardaba una copia en la oficina y en talento humano en una carpeta y al final de año se entregaba al archivo de la entidad. Sostuvo que la demandante debía llegar puntualmente a su turno de trabajo, porque se atendía pacientes de consulta externa y la cantidad era bastante alta, y la jefe estaba pendiente de eso, y se les exigían llegar temprano porque en la mañana la mayoría de pacientes iban en ayunas, por lo que ellas debían llegar a las 7 y la jefe está pendiente que ellas lleguen puntuales a su turno. Señaló que todos los meses se hacía una reunión para retroalimentar y mirar que fallas había en el servicio y poder mejorarlas, a esas reuniones tenían que ir todo el personal, especialmente las personas que atendían público, señaló que el consta que la demandante iba a esas reuniones que se hacían generalmente en la mañana. Afirmó que la demandante por idoneidad del servicio no podía retirarse del mismo, porque la jefe o las bacteriólogas la podían llamar en cualquier momento para cualquier muestra que llegara de emergencia o de consulta externa. Sostuvo que las bacteriólogas impartían órdenes a la demandante, por decir algo si la demandante estaba en la parte de donde se procesan las orinas, las muestras hay que centrifugarlas, la bacterióloga le podía decir que le alistara las muestras, y la demandante tenía que parar lo que estaba haciendo y pasarle las muestras. La demandante no podía sustraerse de lo que le dijeran las bacteriólogas porque suspendería el servicio. Consideró que ese servicio de laboratorio hace parte de la misión de la entidad. Reiteró que conoció a la demandante cuando trabajaba como secretaria de la dependencia de laboratorio. Indicó que ella en la dependencia de laboratorio tenía como funciones específicas realizaba el informe mensual del laboratorio, hacía turnos y novedades de las bacteriólogas y las auxiliares y además hacía todo lo relacionado con los pedidos de caja menor para los insumos que necesitaran semanalmente. Indicó que la oficina de ella se encontraba ubicada al frente de la sección de hematología, química e inmunología entonces ella podía observar lo que pasaba al frente y estaba en las 8 horas de labor, desde las 7:00 a.m. a las 4:30 p.m. de lunes a viernes, y ella veía a la demandante los cinco días de la semana desde las 7:00 a.m. a la 1:00 p.m. de la tarde que era el turno de ella o si estaba en el turno de la tarde, hasta las 4:30 p.m. la veía. Señaló que un día de la demandante en la sección de laboratorio podía variar, en la mañana podía estar digitando las muestras que estaban, podía estar tomando muestras de laboratorio, o centrifugando el material, de acuerdo a la sección donde ella estuviera le tocaba unas funciones específicas. Indicó que en su momento sabía las funciones que cada una tenía a su cargo, ya que le tocaba saber que funciones ejercía cada

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

una para llamarlas si la jefe las necesitaba, porque si existía alguna incapacidad, ellas eran las que cubrían las necesidades de las otras dependencias. Indicó que ella asistía a las reuniones de retroalimentación cuando tenía que hacer el acta, generalmente le tocaba asistir porque era importante saber las novedades que se presentaban para saber que tocaba corregir. Adujo que el supervisor de la demandante era el jefe inmediato, la Dra. María Olga y luego la Dra. Piedad Gómez. Sostuvo que como eran secciones abiertas por las necesidades que se tenían escuchaba cuando las bacteriólogas les decían por ejemplo pásame las muestras. Señaló que la demandante entró a finales del 2005 y ella trabajó hasta el 2010, y ya después no sabe porque la cambiaron de dependencia. Adujo que no sabe los motivos de terminación del contrato de la demandante. Señaló que la parte donde las bacteriólogas procesan todas las muestras estaba al frente de la oficina que ella tenía en ese momento, porque si ellas necesitaban algo urgente, ellas mandaban a la auxiliar o si ella estaba ahí, le decían a ella que necesitaban que le dijera alguna de las niñas que estaban afuera que le trajera una muestra urgente, si ellas estaban afuera recibiendo muestras. Agregó que el espacio estaba así porque como ella entregaba insumos por caja menor, ellas desde su puesto le avisaban a ella, señaló que ella tenía toda la visibilidad y al pie de la oficina de ella las auxiliares centrifugaban y tenían el material de laboratorio, por lo que las auxiliares pasaban constantemente al frente suyo. Además, indicó que si bien ella está en su oficina si alguna de ellas la necesitaba, ella tenía que salir, y tenía la visibilidad de las secciones y estar alerta de los insumos que necesitaran, había comunicación permanente, varias veces en el día había circulación de personal de una dependencia a la oficina de ella. Adujo que ella alcanzaba a escuchar lo que se decía en el laboratorio. Agregó que habían casi siempre en la mañana 6 auxiliares.

- **Testigo Ruth Usnara Maldonado Urrea:** Manifestó que es auxiliar de laboratorio clínico, y que estuvo vinculada a la entidad demandada como auxiliar de laboratorio clínico desde el 85 hasta el 2015, y señaló que conoce a la demandante ya que fueron compañeras de trabajo en el Hospital Simón Bolívar. Adujo que la demandante ingresó en diciembre, pero el año no recordó. Indicó que la señora Olga Campuzano fue su jefe y de la demandante, pero no recordó los años. Señaló que en el 2005 y 2006 la señora Campuzano fue jefe de ellas. Indicó que ella como auxiliar de laboratorio de planta ejercía las funciones en diferentes secciones, por ejemplo, química se tenía que centrifugar sueros, recoger la toma de muestras, separarlos para las diferentes secciones y estar pendiente de la sección todo el tiempo. Señaló que como auxiliar de planta ella recibía ordenes de las bacteriólogas. Sostuvo que la demandante ejercía las mismas funciones que las auxiliares de planta, según el turno, el horario que tuviera, hacía exactamente lo mismo, centrifugar, separar, estar pendiente de la sección que fuera, bacteriología, química, hematología, eran exactamente las mismas funciones a las de planta, no había ninguna diferencia. Señaló que le consta que la demandante recibía órdenes de las bacteriólogas, por ejemplo, si se necesitaba corroborar un resultado le ordenaban que tenía que buscar un suero a cuarto frío y entregárselo a la bacterióloga. Adujo que mensualmente había reuniones de retroalimentación y señaló que era obligatorio para todo el personal asistir, generalmente se realizaban en la mañana, por ejemplo, si había una niña de contrato con turno en la tarde igual tenía que asistir a la reunión en la mañana. Manifestó que a ella le programaban turnos para realizar sus funciones, había una programación, una cartelera donde estaban todos los turnos del personal de laboratorio, ahí estaban los nombres de todas las auxiliares y bacteriólogas. Indicó que ella no podía sustraerse del turno programado y la demandante no podía sustraerse del mismo. Señaló que los de planta por una incapacidad o un problema en la casa las de planta podían hacerlo, pero ella sabe que ellas de contrato no podían hacerlo porque les llamaban la atención y les descontaban el día. Adujo que el laboratorio clínico es muy importante, pues los médicos necesitan los resultados de laboratorio clínico. Señaló que el laboratorio clínico nunca ha dejado de funcionar. Indicó que todo el tiempo la demandante estuvo laborando en el laboratorio. Indicó que la jefe inmediata organizaba el personal para cubrir la calamidad que se presentara, y a veces la auxiliar que estuviera de turno tenía que doblarse, independiente si era de planta o de contrato. Señaló que la demandante cumplió con los turnos fijados en la cartelera. Afirmó que no recuerda que la demandante se hubiera ausentado del laboratorio. Refirió que la demandante estaba supeditada a las órdenes de la jefe, no podía escoger que hacer. Señaló que no había ninguna diferencia entre las funciones de las de planta y contrato. Señaló que eran compañeras porque trabajaban en el laboratorio, en el mismo sitio y desempeñaban las mismas funciones a la par, y sostuvo que fueron varios años trabajando juntas. Manifestó

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

que Talento Humano estaba pendiente del contrato de la demandante, y que había personas pendientes del contrato de ella, pero no sabe cómo lo hacían. Indicó que la demandante estaba vinculada por contrato, pero no sabe de qué tipo. Señaló que el manual de funciones de la demandante era igual a los de planta. Señaló que en varios años coincidieron en los mismos turnos y hacían las mismas funciones. Sostuvo que dependiendo de lo que la jefe señalara había una auxiliar encargada de entregar los insumos de laboratorio, era por turnos, y tenía que dejar el material para los tres turnos. Indicó que ella asistió a las reuniones de retroalimentación con la demandante, por ejemplo, cuando llegaba un equipo nuevo, reactivos diferentes, formas de hacer los procedimientos. También se programaba reuniones para establecer cómo iban hacer los turnos, la cual los programa la jefe de turno, la Dra. Olga Campuzano, luego estuvo la Dra. Piedad Gómez y luego la Dra. Margarita Frías. Sostuvo que si la demandante faltaba había un contratiempo, porque había poco personal, y se cargaba a los demás. Indicó que la mayoría de las auxiliares eran de contrato, como 7 u 8, porque solo había con ella como 4 auxiliares de planta. Indicó que la demandante no podía tomarse ningún día porque se lo descontaban. Añadió que le consta que la demandante tuvo que doblarse en turnos por calamidades de las otras auxiliares, por falta de personal o por vacaciones de las auxiliares de planta. Sostuvo que la jefe era la que firmaba la programación de turnos, pero posiblemente podía hacerlas la secretaria. Indicó que las auxiliares si se terminaba algún reactivo se solicitaba por caja menor a la secretaria.

Del contrato realidad en el ámbito internacional

En este punto, es menester recordar que el Artículo 53 de la Carta Constitucional de 1991 establece la protección del trabajo y de los trabajadores, precisando principios mínimos fundamentales como: igualdad de oportunidades, 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, situación más favorable al trabajador, **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**, garantía de la seguridad social, entre otros; principios que no solo deben ser observados por el legislador al momento de expedir el estatuto del trabajo, sino que además deben ser acatados por la administración en condición de empleador.

Frente al principio de **primacía de la realidad sobre las formalidades**, la Recomendación Internacional del Trabajo No. 198 sobre la relación de trabajo adoptada por la OIT en 2006, señaló que la existencia de una relación de trabajo debe determinarse de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, indistintamente de la manera en que se caracterice la relación y puntualmente precisó:

“(…)

13. Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) **el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y**

(b) **el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador**”. (Subrayado fuera de texto)

Son de resaltar los literales a y b del numeral 13 de la recomendación referida, en donde se señala que los indicios a tener en cuenta para declarar la existencia de una relación laboral, pueden estar determinados por:

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

1. Que la labor se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona.
2. Que la prestación del servicio implica la integración del trabajador en la organización de la empresa.
3. Que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador.
4. Que debe desempeñarse dentro de un horario determinado.
5. Que se realice en el lugar indicado por quien solicita el trabajo, con cierta duración y continuidad.
6. Que requiere la disponibilidad del trabajador, suministrando herramientas, materiales y maquinaria por parte de la persona que requiere el trabajo.
7. El pago de una remuneración periódica al trabajador, que vendría a constituir su única y principal fuente de ingresos

Cabe recordar que, en la legislación colombiana, el Artículo 93 de la Constitución Política reconoce la importancia de tratados y convenios internacionales y los incluye como parte del llamado bloque de constitucionalidad y pese a que las recomendaciones de la OIT no tienen el mismo efecto vinculante que podría tener un convenio ratificado por el Estado colombiano, sí deben ser observadas y tenidas en cuenta para la interpretación y protección de derechos fundamentales.

Normativa interna y posición jurisprudencial

La Constitución Política ha establecido que por regla general los cargos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, excepto aquellos empleos de elección popular, de libre nombramiento y remoción y que desempeñen trabajadores oficiales; mientras que, por su parte, la Ley 80 de 1993 estableció en el numeral 3º del Artículo 32 la posibilidad utilizar contratos de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y estableció que dichos contratos solamente podrán celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, resaltando además que no generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable.

Ahora bien, particularmente tratándose de las empresas sociales del Estado, estas fueron creadas por gracia de la Ley 100 de 1993, norma que además estableció el régimen jurídico y el estatuto de personal, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 194. NATURALEZA. La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo.”

ARTÍCULO 195. RÉGIMEN JURÍDICO. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".
2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.
3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.
4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.
5. **Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.**
6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.
7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.
8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.
9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos.” (Resaltado fuera del texto)

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Por su parte, la referida Ley 10 de 1990, “*Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones*”, a la que se hace alusión en la norma trascrita, indicó:

“Artículo 26º.- *Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera.*

Son empleos de libre nombramiento y remoción:

1. *En la administración nacional central o descentralizada, los enumerados en las letras a), b), c) e i) del artículo 1 de la Ley 61 de 1987.*
2. *En las entidades territoriales o en sus entes descentralizados:*
 - a. *Los de Secretario de Salud o Director Seccional o local del sistema de salud, o quien haga sus veces, y los del primer nivel jerárquico, inmediatamente siguiente;*
 - b. *Los de Director, Representante Legal de entidad descentralizada y los del primero y segundo nivel jerárquico, inmediatamente siguientes;*
 - c. *Los empleos que correspondan a funciones de dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría. **Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-387 de 1996.**”*

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

Parágrafo.- *Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.*

Es así como de la normativa citada deviene que el acceso al servicio público en las empresas sociales del Estado tiene un carácter reglado y obedece a unos postulados de mérito, eficiencia y calidad, siendo el concurso de méritos el mecanismo idóneo para vincularse laboralmente con este tipo de entidades administrativas.

Sin embargo, se ha visto cómo la administración en sus diferentes niveles ha utilizado los contratos de prestación de servicios para cumplir funciones misionales de la entidad desdibujando las formas propias de vinculación, razón por la cual la Corte Constitucional ha indicado que, siempre que se estructuren los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, este se entiende constituido en desarrollo y aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas, y ha señalado que la independencia y autonomía del empleado o contratista respecto de la entidad en donde presta sus servicios en una relación de prestación de servicios profesionales constituye pieza fundamental de esa situación. Así, se trae en cita lo previsto por esta Corporación en Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del magistrado Hernando Herrera Vergara, por medio de la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad presentada en contra del numeral 3º del Artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que particularmente señaló:

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

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

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

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente". (Resaltado fuera de texto).

Posteriormente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C – 171 de 2012, fijó ciertos límites a la contratación estatal en defensa del derecho al trabajo, resaltando de manera especial que no puede utilizarse el contrato de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pero siendo enfática en precisar las condiciones que se configure ese criterio funcional, en los siguientes términos:

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

En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar *funciones de carácter permanente* de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. **Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente**, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren **(i) al criterio funcional, que hace alusión a "la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)"**²; **(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"**; **(iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"**; **(iv) al criterio de excepcionalidad, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"**; y **(v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral"**". (Resaltado fuera de texto)

Ahora bien, en cuanto a los elementos que debe demostrar la parte actora para que se declare configurada la relación laboral, el Consejo de Estado, en un caso similar al que aquí se debate, mediante sentencia del 2 de junio de 2016, con ponencia del consejero Luis Rafael Vergara Quintero, dentro del proceso No. 81001233300020120004301, señaló:

"Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral".

Adicionalmente, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, unificó algunos criterios relacionados con la prescripción extintiva del derecho y la forma en que ha de restablecerse el derecho en las demandas de contrato realidad y precisó que para que se entienda configurado el mismo deben concurrir los siguientes elementos:

² Sentencia C-614 de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

“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 laborales.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda 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 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”.

En consecuencia, para que se declare la existencia de la relación laboral es necesario que la parte interesada despliegue una importante tarea probatoria a efectos de demostrar que se configuran tres elementos indispensables, a saber:

1. La prestación personal del servicio,
2. La remuneración, y
3. La subordinación o dependencia, siendo este último elemento el que encierra circunstancias como el cumplimiento de órdenes; la imposición de reglamentos; la permanencia en la entidad; la similitud con los funcionarios de planta la cual hace referencia al *criterio funcional* desarrollado por la Corte Constitucional y citado en precedencia y que implica la ejecución de labores correspondientes al ejercicio ordinario de las funciones de la entidad desarrolladas en las mismas condiciones del personal de planta, es decir, configurando los tres elementos de la relación laboral; la habitualidad que implica que la labor se desarrolle en el mismo horario que se desarrolla la relación laboral; un criterio excepcional, es decir, que no haya sido contratada por conocimientos especializados o para una tarea transitoria que resulte necesario redistribuir por exceso de trabajo; y la continuidad que también atañe a desempeñar funciones de carácter permanente.

Del caso concreto

Efectuadas las anteriores precisiones, debe esta sede judicial entrar a analizar si la demandante logró probar la configuración de los elementos constitutivos del contrato realidad, como se sigue:

De la remuneración

Si bien es cierto no obra prueba documental en el plenario que dé cuenta del pago efectuado a la demandante con ocasión de los referidos contratos de prestación de servicios, también lo es que en los contratos que obran en el expediente se puede desprender que: *“FORMA DE PAGO: El CONTRATANTE cancelará el valor total del contrato a suscribir, a títulos de honorarios, por mensualidades vencidas, fraccionamiento de tiempo, actividades o metas cumplidas estipuladas en la certificación de pago que para este efecto expida el supervisor del presente contrato, sobre la base de honorarios pactados mensuales (...) susceptibles de descuentos, retenciones y reservas a que haya lugar o que indique la ley. La certificación de pago debe presentarse en las fechas establecidas por la Institución y debe ser acompañada de los siguientes documentos; 1. Informe mensual de actividades y ejecución del contrato con el visto bueno del Supervisor. 2. Planilla que soporte que se hayan realizado los respectivos pagos al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Pensiones y Riesgos Laborales del respectivo mes, a certificar”* (cd a fl. 1, 86 y 141 A), circunstancia que configura este elemento de la relación laboral.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

De la prestación personal del servicio

Está demostrado en el plenario que la demandante prestaba personalmente sus servicios, toda vez que se trata de una labor que no podía delegar y que desarrollaba en las instalaciones del Hospital, labores que realizaba por turnos en el horario de 7:00 a.m. a 1: p.m., o de 1:00 p.m. a 7:00 p.m., o de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., tal como se desprende de los testimonios rendidos en el presente proceso, es decir que las actividades desarrolladas por la demandante no podían ser delegadas y tenía una jefe inmediata que estaba pendiente que cumpliera el horario y sus funciones.

De la subordinación

Aunque para declarar configurada la relación laboral es necesario que la parte interesada demuestre de manera fehaciente que se reúnen los tres elementos antes señalados, **la subordinación** resulta ser el más importante, porque reúne varios aspectos a saber:

1. El cumplimiento de órdenes y reglamentos: al respecto se encuentra que los testigos en sus declaraciones afirmaron que las funciones que desempeñaba la demandante eran vigiladas por la jefe inmediata las cuales fueron la Dra. María Olga, la Dra. Piedad Gómez, y luego la Dra. Margarita Frías. Agregaron que la demandante estaba supeditada a las órdenes que ellas le dieran, no podía escoger que hacer. Así mismo, del interrogatorio de parte y los testimonios coinciden en afirmar que la demandante también recibía órdenes de las bacteriólogas del laboratorio.
2. Permanencia en la entidad: está demostrado en el plenario que la demandante prestaba personalmente sus servicios en las instalaciones del Hospital, mediante turnos que podían ser de 7:00 a.m. a 1: p.m., o de 1:00 p.m. a 7:00 p.m., o de 7:00 p.m. a 7:00 a.m., y que no podía ausentarse a voluntad propia del servicio tal como se desprende de los testimonios rendidos en el presente proceso en el que manifestaron que no podía dejar de asistir porque le descontaban el día. Así mismo, las testigos indicaron que a ella le programaban turnos para realizar sus funciones, había una programación que se ponía en una cartelera donde estaban todos los turnos del personal de laboratorio, de todas las auxiliares y bacteriólogas, es decir, que las actividades desarrolladas por la demandante fueron prestadas personalmente y no fueron delegadas.
3. Similitud con los funcionarios de planta / funciones del giro ordinario de la empresa: de las pruebas obrantes en el proceso, entre los cuales está los manuales de funciones de la entidad durante el tiempo de vinculación de la demandante y de los testimonios rendidos en el que señalaron que la demandante hacía las mismas funciones de las auxiliares de laboratorio de planta, se infiere que la demandante desarrollaba las mismas actividades o funciones que realiza una auxiliar área salud código 412 grado 11, de la Subgerencia Científica- Laboratorio Clínico Procesos Misionales, de lo cual se infiere que las funciones para las cuales fue contratada hacen parte del giro ordinario de la empresa, pues no se trata de conocimientos especializados para una tarea transitoria sino de una labor que se volvió continua, tan es así que los contratos se suscribieron de forma sucesiva a lo largo de aproximadamente más de 12 años, teniendo en cuenta que entre uno y otro no hubo solución de continuidad, excepto por algunos días de interrupción, elementos que configuran los criterios de habitualidad y continuidad y desvirtúan la excepcionalidad.

Así mismo, se desprende de los manuales de funciones de la entidad contenidos en la Resolución 305 de 2007 y el Acuerdo No. 12 de 2015 que dentro de la planta de personal de Hospital Simón Bolívar III Nivel existe el cargo de auxiliar área salud código 412 grado 11, de la Subgerencia Científica- Laboratorio Clínico Procesos Misionales y que a dicho cargo le corresponden las funciones, entre otras: realizar las actividades de apoyo a los profesionales en la toma de muestras, revisión de datos, marcación de las mismas, utilizando adecuada de los elementos, de forma eficiente y oportuna; recibir, clasifica y codifica las muestras biológicas y material para recolección de muestras de acuerdo a los procedimientos establecidos de manera oportuna; preparar los reactivos químicos, soluciones y colorantes de acuerdo a las especificaciones del profesional y a los procedimientos establecidos de manera oportuna; cumplir con las normas y procedimientos en materia de seguridad integral, establecidos por la institución para

Expediente: 11001-3342-051-2019-00002-00
Demandante: FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

garantizar procedimientos con calidad; prepara y registra muestras biológicas, medio de cultivo y lámina para exámenes en fresco.

Las anteriores funciones son similares a las realizadas por la demandante según obra a folio 24 del expediente, como son: asistir a las profesionales de Bacteriología con procedimientos asistenciales de apoyo, propios del nivel auxiliar; realizar toma y recolección de las muestras, garantizando una adecuada identificación; realizar la preparación, disposición de insumos y montaje de muestras para el análisis por parte del profesional en bacteriología; brindar información al usuario (interno o externo) sobre los procesos para acceder al servicio y otros. Lo anterior es corroborado por los testigos que indicaron que la demandante realizaba tales funciones, las cuales eran las mismas que realizaba el cargo de planta de auxiliar de laboratorio.

En consecuencia, la labor desempeñada por la demandante resulta innata del ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad, pues como se desprende de las pruebas allegadas al proceso las actividades desarrolladas por la demandante eran exactamente las mismas que un empleado de planta, es decir que se cumple el criterio funcional.

El criterio de igualdad se considera completamente demostrado por la parte actora, toda vez que dentro de la planta de personal existe el cargo de auxiliar área salud código 412 grado 11 que ejercen las mismas funciones que desarrollaba como contratista la demandante.

En conclusión, esta sede judicial encuentra desvirtuada la existencia del contrato de prestación de servicios y configurados los elementos que constituyen el contrato realidad de la señora Fanny Lucia Caro Hernández, por lo que se procederá a declarar la nulidad del Oficio No. 20181110155011 del 12 de julio de 2018 y, a título de restablecimiento del derecho³, se ordenará el reconocimiento y pago en favor de la demandante de: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un auxiliar área salud código 412 grado 11 desde el 29 de diciembre de 2005 hasta el 19 de diciembre de 2017 (descontando los días de interrupción); ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por un auxiliar área salud código 412 grado 11 desde el 29 de diciembre de 2005 hasta el 19 de diciembre de 2017 (descontando los días de interrupción), tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar área salud código 412 grado 11; y iii) tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en salud⁴ y pensiones conforme a lo cotizado por un auxiliar área salud código 412 grado 11, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador⁵, por el periodo trabajado entre el 29 de diciembre de 2005 hasta el 19 de diciembre de 2017 (descontando los días de interrupción).

El tiempo efectivamente laborado por la actora se computará para efectos pensionales.

Ahora bien, si bien se acreditó la relación laboral, ello no otorga la condición de empleado público, toda vez que dicha condición solamente la otorga la Constitución y la Ley con las formalidades de la relación legal y reglamentaria y, en este sentido la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que la existencia del contrato realidad no puede otorgar derechos ni condiciones por fuera del mandato legal. Así lo señaló el Consejo de Estado en la referida sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, en la que dispuso *“Pese a hallarse probados los elementos configurativos de una relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades (prestación personal de servicio, contraprestación y subordinación o dependencia), destaca la Sala que ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 superior”*.

³ Se ordena a título de restablecimiento del derecho y no a título indemnizatorio de acuerdo a la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 25 de agosto de 2016, proferida por el consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 11 de mayo de 2016, dentro del proceso No. 25000234200020130647300

⁵ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Frente a las pretensiones encaminadas a obtener el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, la sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas, y la indemnización contenida en la Ley 244 de 1995, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, mediante sentencia del 11 de mayo de 2016, con ponencia del consejero Luis Gilberto Ortégón Ortégón, dentro del proceso No. 25000234200020130647300, señaló que no se puede acceder a las mismas, toda vez que no se está frente a una relación legal y reglamentaria, razón por la cual, acogiendo dicho criterio, esta sede judicial no accede a estas pretensiones. Así mismo, la referida Corporación señaló que en estas demandas de contrato realidad tampoco resulta procedente acceder al reconocimiento y pago de vacaciones en dinero, por tratarse de un descanso remunerado que se sufraga solo cuando el empleado adquiere el derecho a disfrutarlas y por tanto no es posible pagarlas en dinero; en consecuencia, no resulta procedente su reconocimiento.

Tampoco se accede a las pretensiones tendientes a obtener el reintegro de los dineros correspondientes a los aportes efectuados al sistema integral de seguridad social (salud y pensión), toda vez que se trata de una obligación compartida entre el empleador y el trabajador y, en ese sentido, lo que se dispone es que la entidad empleadora efectúe las cotizaciones que le corresponden como tal, de conformidad con la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta a la pretensión encaminada a obtener el reintegro del valor descontado por concepto de retención en la fuente y el reintegro del valor descontado por pólizas de cumplimiento contractual, el despacho no accede a la misma, toda vez que dichos descuentos tuvieron su fuente en la relación contractual del demandante con la demandada y fueron girados en su momento a las entidades correspondientes. Adicionalmente, demostrar la existencia de la relación laboral trae como restablecimiento del derecho el reconocimiento y pago de prestaciones en las mismas condiciones de los empleados de planta, pero no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato⁶.

3.3. PRESCRIPCIÓN

El Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001, concluyó que tratándose de demandas de contrato realidad el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial de tres (3) años contados a partir de la terminación del último contrato.

Esta regla fue observada por el extremo activo toda vez que la fecha de terminación del último contrato suscrito por la demandante y la entidad fue el 19 de diciembre de 2017 (fl. 24), mientras que la reclamación la presentó el 10 de junio de 2018 (fls. 12-15) y la demanda ante esta jurisdicción fue radicada el 11 de enero de 2019 (fl. 28), por lo que al no transcurrir un lapso superior a tres años entre una actuación y otra no operó el fenómeno jurídico de la prescripción extintiva de derecho.

3.4. COSTAS

No se condena en costas y agencias en derecho, toda vez que no se demostró que se hubieran causado en los términos del inciso 2º del Artículo 361 y el numeral 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO CINCUENTA Y UNO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR la NULIDAD del Oficio No. 20181110155011 del 12 de julio de 2018, por medio del cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la demandante como consecuencia de la existencia de un contrato realidad, conforme a las consideraciones expuestas.

⁶ Consejo de Estado, sentencia del 13 de mayo de 2015, consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez, proceso No. 68001233100020090063601.

Expediente: 11001-3342-051-2019-00002-00
Demandante: FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

SEGUNDO.- Como consecuencia de la declaración de nulidad y, a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** a reconocer y pagar en favor de la señora **FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ**, identificada con Cédula de Ciudadanía No. 41.734.274: i) la diferencia salarial que se pueda originar a su favor entre los honorarios percibidos con ocasión de los contratos de prestación de servicios y lo que devenga un auxiliar área salud código 412 grado 11 desde el 29 de diciembre de 2005 hasta el 19 de diciembre de 2017 (descontando los días de interrupción); ii) la totalidad de prestaciones sociales y demás acreencias laborales devengadas por un auxiliar área salud código 412 grado 11 desde el 29 de diciembre de 2005 hasta el 19 de diciembre de 2017 (descontando los días de interrupción), tomando como base lo realmente devengado por un auxiliar área salud código 412 grado 11; y iii) tomar el ingreso base de cotización de la demandante (honorarios pactados) mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar al sistema integral de seguridad social en salud⁷ y pensiones conforme a lo cotizado por un auxiliar área salud código 412 grado 11, cotizar la suma faltante solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, para lo cual la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó durante su vínculo contractual y, en caso de no haberlas hecho o existir diferencias en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajador⁸, por el periodo trabajado entre el 29 de diciembre de 2005 hasta el 19 de diciembre de 2017 (descontando los días de interrupción).

TERCERO.- CONDENAR a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** a actualizar las sumas debidas de la condena impuesta conforme al inciso 4º del Artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de pagar a la demandante por el guarismo que resulta al dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE, vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el índice inicial vigente a la fecha en que debió hacerse cada pago.

CUARTO.- DECLARAR que el tiempo laborado por la señora **FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ**, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios desde el 29 de diciembre de 2005 al 19 de diciembre de 2017 (salvo los días de interrupción), se deben computar para efectos pensionales.

QUINTO.- La **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.** dará cumplimiento a la presente sentencia dentro de los términos establecidos para ello por los Artículos 192 y 195 del CPACA.

SEXTO.- No condenar en costas ni agencias en derecho conforme a los lineamientos de la parte motiva.

SÉPTIMO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO.- Ejecutoriada esta providencia, **por secretaría**, y a costa de la parte actora, **EXPÍDASE** copia auténtica que preste mérito ejecutivo, con las constancias de notificación y ejecutoria.

⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia del 11 de mayo de 2016, dentro del proceso No. 25000234200020130647300

⁸ Así lo explicó el Consejo de Estado en sentencia de unificación proferida el 25 de agosto de 201, con ponencia del consejero Carmelo Perdomo Cuéter, dentro del proceso No. 23001233300020130026001.

Expediente: 11001-3342-051-2019-00002-00
Demandante: FANNY LUCIA CARO HERNÁNDEZ
Demandado: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD NORTE E.S.E.

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

NOVENO- Ejecutoriada esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NORBERTO MENDIVELSO PINZÓN
Juez

LPGO

