

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CINCUENTA Y CINCO ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020)

MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO N°.	11001-33-42-055-2017-00302-00
DEMANDANTE:	VIVIANA CAROLINA MORALES HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL DE KENNEDY
TEMA:	CONTRATO REALIDAD
ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA N°. 050

Procede el despacho a dictar la sentencia que en derecho corresponde, dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de la referencia, presentada por la señora Viviana Carolina Morales Hernández, a través de apoderado judicial, en contra de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., formulando las siguientes pretensiones:

DECLARACIONES Y CONDENAS

Primera: Se admita el presente medio de control, como consecuencia de los antecedentes enunciados inicialmente.

Segunda: Se declare la NULIDAD por Violación de la Ley, del **Oficio Radicado No. 35374** **fechado del 16 de agosto de 2017**, por medio de la cual se NEGÓ el reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías e intereses, primas de navidad, prima de junio, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud, pensión, administradora de riesgos laborales y caja de compensación familiar; así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación y en general todas las sumas a título de PRESTACIONES SOCIALES, que corresponde a la contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2008 al 2011, y en general todas las acreencias laborales; acto proferido por la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. - HOSPITAL DE KENNEDY**.

Tercera: Como consecuencia del restablecimiento del derecho, se declare que el (la) demandante, se declare que entre el (la) **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.-HOSPITAL DE KENNEDY** (sic) mi poderdante existió un vínculo laboral desde 2008 hasta el 2011, y durante dicho término de duración de la relación laboral, la entidad no canceló los derechos laborales.

Cuarto: Como consecuencia de las anterior Nulidad y a título de RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO; igualmente se declare que el (la) demandante, tiene pleno derecho a que la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL DE KENNEDY**, le reconozca y ordene pagar todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir tales como: cesantías e intereses, primas de navidad, prima de junio, prima de servicios, vacaciones, aportes a salud, pensión, administradora de riesgos laborales y caja de compensación familiar; así como los valores dejados de percibir por concepto de dotación y en general todas las sumas a título de PRESTACIONES SOCIALES, que corresponde a la

contraprestación de la labor desempeñada desde el año 2008 al 2011, y en general todas las acreencias laborales debidamente acreditadas dentro del expediente.

Quinta: *Se condene a la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY** a cancelar o devolver las sumas de dinero que por retención en la fuente, la demandada le descontó a mi mandante.*

Sexta: *Se condene a la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY** el reembolso de los aportes a seguridad social respecto a salud, pensión y riesgos laborales; pagos que **VIVIANA CAROLINA MORALES HERNANDEZ** tuvo que realizar sin tener obligación de ello.*

Séptima: *Se ordene a (la) **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY**, al pago de los respectivos aportes seguridad social, en todos sus niveles.*

Octava: *Se condene a (la) **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY**, al pago de las acreencias laborales, Prestaciones e indemnizaciones a las que tiene derecho una trabajadora de igual o mejor nivel que preste los mismos servicios.*

Novena: *Se ordene a (la) **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY** la devolución por conceptos indebidos en el pago de la Retención en la fuente practicada a la demandante me (sic) manera ilegal.*

Decima: *Se condene a la demandada **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY** a título de sanción moratoria que se consagra en la Ley 244 de 1995, se ordene pagar a mi mandante, las sumas que resulten equivalentes a un día de salario por un día de mora en la consignación o pago de las cesantías desde el año 2014 hasta la cancelación efectiva de las mismas.*

Decima Primera: *Se ordene al **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY** a pagar sobre las diferencias adeudadas a mi poderdante las sumas necesarias para hacer los ajustes de valor, conforme al índice de los precios al consumidor o al por mayor, indexación que debe ser ordenada mes a mes por tratarse de pagos de tracto sucesivo.*

Decima Segunda: *Se ordena a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY** a dar cumplimiento al fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A.*

Decima Tercera: *Se condene a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY**, si este no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto dentro del artículo 192 del C.P.A.C.A. a pagar a favor de mi mandante los interés moratorios, conforme lo ordena el artículo 192 y 195 del C.P.A.C.A. y conforme a la sentencia C-602 del 2012 de la Honorable Corte Constitucional.*

Decima Cuarta: *Se condene a la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.SE. – HOSPITAL DE KENNEDY** conforme al artículo 188 del C.P.A.C.A.*

Decima Quinta: Se condene a la entidad extra y ultra petita.

I. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los hechos fueron estudiados y señalados, en la audiencia inicial de 22 de marzo de 2019, como consta en acta y CD visibles a folio 409 - 417 y 425 del expediente, así:

I. Entre los años 2008 a 2011, la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. – HOSPITAL DE KENNEDY y la señora VIVIANA CAROLINA MORALES HERNÁNDEZ, suscribieron los siguientes contratos de prestación de servicios:

- N°. 3098-2008 del 1 de septiembre de 2008 (fl.39)
- N°. 3535-2008 del 1 de octubre de 2008 (fl. 44)
- N°. 4558-2008 del 1 de diciembre de 2008 (fl. 49)
- N°. 376-2009 del 2 de enero de 2009 (fl.55)
- N°. 1146-2009 del 2 de marzo de 2009 (fl. 60)
- N°. 1941-2009 del 30 de abril de 2009 (fl.66)
- N°. 3087-2009 del 1 de julio de 2009 (fl.72)
- N°. 4062-2009 del 1 de septiembre de 2009 y adición de prórroga (fls. 78-84)
- N°. 4939-2009 del 1 de diciembre de 2009 (fl.88)
- N°. 1639-2010 del 1 de marzo de 2010 (fl.94)
- N°. 2369-2010 del 28 de mayo de 2010 y adición de prórroga (fls.100 y 107)
- N°. 3313-2010 del 1 de julio de 2010 (fl.111)
- N°. 4179-2010 del 1 de septiembre de 2010 (fl.118)
- N°. 5046-2010 del 29 de octubre de 2010 y adición de prórroga(fl.131)
- N°. 411-2011 del 1 de enero de 2011(fl. 140)
- N°. 1288-2011 del 1 de marzo de 2011(fl.142)
- N°. 2125-2011 del 29 de abril de 2011 (fl. 148)
- N°. 3147-2011 del 1 de julio de 2011 (fl.155)
- N°. 3961-2011 del 31 de agosto de 2011 (fl. 163)

II. Mediante oficio radicado del 20 de septiembre de 2014, la accionante solicitó ante la demandada, el reconocimiento de prestaciones derivadas de contrato realidad.

III. Con oficio radicado N°. 35374 del 16 de agosto de 2017, proferido por la accionada, le niega el reconocimiento y pago de las acreencias laborales de contrato realidad.

II. NORMAS TRANSGREDIDAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

La parte demandante manifestó como normas trasgredidas:

De orden Constitucional: artículos 1, 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

De orden Legal: artículo 10 del Código Civil, artículos 19 y 36 del C.S.T., Decreto 1042 de 1978, Decreto 1750 de 2003. Decreto 4171 de 2009, Ley 80 de 1993.

En cuanto al concepto de violación el apoderado de la demandante sostuvo que, al haberse negado el reconocimiento de las prestaciones sociales, aportes a salud, pensión, administradora de riesgos laborales y caja de compensación familiar, así como a los valores dejados de percibir por concepto de dotación, en el periodo correspondiente de 2008 a 2011, la entidad abusó de su competencia y desconoció los derechos de la parte actora, la Constitución y la Ley.

En ese sentido, afirmó que cumple con los presupuestos de una relación laboral como lo ha establecido por el Consejo de Estado, pues existió la prestación personal del servicio, remuneración y subordinación, al estar sometida a un horario fijo, tenía que ejercer sus actividades en las instalaciones de la entidad, asignándole los elementos de trabajo, desarrollando funciones encaminadas al desarrollo del objeto social del Hospital de Kennedy E.S.E.

Finalmente, citó y transcribió jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, agregando que a la actora suscribió por tres años contratos con la entidad demandada, siendo continua la prestación del servicio, bajo horarios, cronogramas, supervisión y subordinación, por tanto, se desconocen sus derechos al no acceder a las pretensiones de la demanda.

III. CONTESTACION DE LA DEMANDA

Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

La Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, a través de apoderada judicial, contestó la demanda el 23 de febrero de 2018, oponiéndose a las pretensiones de la misma.

Adicionalmente, señaló que en el presente caso no se configuran los elementos esenciales del contrato realidad, teniendo en cuenta que el contrato de prestación de servicios suscrito por la demandante contemplaba actividades desarrolladas por otros profesionales, no significa que se pueda equiparar a un contrato de naturaleza laboral, más aún cuando las actividades no son exactas y no se cumplían en iguales condiciones, pues la contratista contaba con independencia y autonomía en el desarrollo de sus actividades.

Sumado, indicó que la actividad de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo que incluye cumplimiento de horario, recibir instrucciones de superiores o tener que reportar informes sobre su gestión, sin que se configure subordinación.

Por otro lado, manifestó que en el presente caso se demostró que la actora se vinculó a través de contratos de prestación de servicios, para el cumplimiento de funciones administrativas, lo cual no es contrario al ordenamiento jurídico, así como que, lo declarado por los testimoniales da cuenta de la actividad desplegada por la actora y el cumplimiento de labores específicas que pueden materializarse a través del contrato de prestación de servicios.

Aunado, considera que hay inexistencia del derecho, mala fe por parte de la demandante y que sus honorarios le fueron cancelados en su totalidad, citando como sustento jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional.

IV. TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 5 de septiembre de 2017 (fl.248), ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá, correspondiéndole conocer por reparto al Juzgado 55 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, quien mediante auto de 6 de octubre de 2017 la admitió (fls.250-251).

V. AUDIENCIA INICIAL

El 22 de marzo de 2019, fue llevada a cabo audiencia inicial (fls. 409-417 y CD fl. 425), en la que se verificó la asistencia de las partes, se saneó el proceso, se

resolvieron excepciones previas, se establecieron los hechos probados, se fijó el litigio, se agotó la etapa de conciliación declarándola fallida, se decretaron las pruebas documentales y testimoniales solicitadas por las partes, y se fijó fecha para llevar a cabo audiencia de pruebas.

VI. AUDIENCIA DE PRUEBAS

El 7 de junio de 2019, fue llevada a cabo audiencia de pruebas (fls. 435-436 y CD fl.441), en la que se verificó la asistencia de las partes, se incorporó el recaudo probatorio, se requirió nuevamente a la entidad al no haber allegado completamente la información solicitada y se practicaron los testimonios de Sandra Bibiana Puerto Bernal, Blanca Cecilia Sáez y Aylenn Lorna García Ahumada, así como el interrogatorio de parte de la señora Viviana Carolina Morales Hernández; se ordenó correr traslado por la secretaría del juzgado, y al allegarse las pruebas, ingresar el expediente para seguir con el trámite.

Así las cosas, con auto de 18 de diciembre de 2019, se requirió nuevamente a la entidad para que allegara las pruebas faltantes, una vez remitidas, la secretaria del juzgado corrió el traslado a las partes, y seguidamente, con auto de 11 de septiembre de 2020, se resolvió correr traslado para alegatos de conclusión.

VII. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la demandante: presentó alegatos de conclusión a través de correo electrónico el 17 de septiembre de 2020, visible a folios 462 a 463, en el que manifestó que se ratifica en los argumentos y fundamentos de derecho de la demanda y solicitó que se aplique el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas, teniendo en cuenta que la demandante trabajó sin solución de continuidad para la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente, desde el año 2008 a 2011, es decir, no fue esporádico, sin autonomía técnica, ni administrativa, ni financiera, además existía personal de planta que desarrollaba sus mismas funciones como fisioterapeuta, cumpliendo horario y bajo la subordinación de un jefe inmediato.

Por lo que, considera que se le deben reconocer las prestaciones sociales y todos los emolumentos a que tiene derecho al cumplirse con los elementos de una relación laboral con la entidad demandada, de acuerdo a los testimonios recaudados.

La apoderada de la entidad demandada: no presentó alegatos de conclusión.

El Ministerio Público: no emitió concepto.

VIII. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Tal como se estableció en la fijación del litigio, en la audiencia inicial de 22 de marzo de 2019 (fl. 409 a 417), consiste en determinar si entre la señora Viviana Carolina Morales Hernández y la accionada, existió una relación de naturaleza laboral, durante el periodo en que fue vinculada a través de contratos de prestación de servicios; en consecuencia, determinar si hay lugar al reconocimiento de prestaciones sociales y demás, que pretende la demandante.

Acervo Probatorio

Documentales

En el expediente obra la siguiente documentación relevante para el caso concreto:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía N°. 53.012.761 correspondiente a la señora Viviana Carolina Morales Hernández. (fl.2)
- Petición con radicado N°. 33434 de 8 de agosto de 2017, ante la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., suscrito por el apoderado de la parte actora. (fls. 3-5)
- Fotocopia de oficio N°. 35374 de 18 de agosto de 2017, suscrito por el Jefe de Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente, indicando que no es posible acceder a las prestaciones impetradas en relación con el reconocimiento, liquidación y pago de prestaciones sociales e indemnizaciones, pues se estipulo la exclusión de la relación laboral. (fl. 8)
- Fotocopia del oficio de 21 de octubre de 2014, suscrito por el Gerente de la E.S.E. Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, mediante el cual se niega el reconocimiento de derechos salariales solicitados por el apoderado de la parte demandante, en la reclamación administrativa radicada el 30 de septiembre de 2014. (fls. 33-37)
- Requerimiento de prestación de servicios de 10 de noviembre de 2008, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección y el Subdirector Coordinador de Área. (fl.53)
- Fotocopia de requerimiento de personal de 10 de febrero de 2009, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. de Gerencia para iniciar proceso de selección y el Subdirector Coordinador de Área. (fl.64)
- Fotocopia de requerimiento de personal de 13 de abril de 2009, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección y el Subdirector Coordinador de Área. (fl.70)
- Fotocopia de requerimiento de personal, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. de Gerencia para iniciar proceso de selección y el Subdirector Coordinador de Área (no se observa fecha). (fl.76)
- Fotocopia de requerimiento de personal de 19 de agosto de 2009, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, (sin firma). (fl.82)
- Fotocopia de requerimiento de personal (sin fecha), que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección. (fl.116)
- Fotocopia de requerimiento de personal (sin fecha), que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección. (fl.134)
- Fotocopia de requerimiento de personal (sin fecha), que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección. (fl.153)
- Fotocopia de requerimiento de personal (sin fecha), que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección. (fl.160)
- Fotocopia de requerimiento de personal (sin fecha), que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección y el Subdirector Coordinador de Área. (fl.161)
- Hoja de vida de la señora Viviana Carolina Morales Hernández (fl. 169)
- Fotocopia de la certificación del desempeño como fisioterapeuta de la demandante, suscrita por Consulta y Procedimientos Terapéuticos del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel. (fl. 170)
- Certificación CER.1072 – 11 del 3 de octubre de 2011, indicando que la demandante prestó sus servicios bajo la modalidad de orden de prestación de

- servicios como terapeuta física en la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, suscrita por el subgerente administrativo. (fl. 171)
- Certificación CER.811-09 del 18 de agosto de 2009, señalando que la demandante prestó sus servicios bajo la modalidad de orden de prestación de servicios como terapeuta física en la Empresa Social del Estado Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, suscrita por el subgerente administrativo. (fl. 172)
 - Certificación CER.610-10 del 25 de mayo de 2010, afirmando que la demandante prestó sus servicios bajo la modalidad de orden de prestación de servicios como terapeuta física en la Empresa Social del Estado Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, suscrita por el subgerente administrativo. (fl. 173)
 - Certificación CER.1284-10, del 18 de noviembre de 2010, en la que consta que la demandante prestó sus servicios bajo la modalidad de orden de prestación de servicios como terapeuta física en la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, suscrita por el subgerente administrativo. (fl. 174)
 - Fotocopia del carné de la señora Viviana Carolina Morales Hernández, expedido por el Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E. (fl. 175)
 - Reclamación retención en la fuente presentada por la demandante ante la Subgerente Administrativo de la Empresa Social del Estado Hospital Occidental de Kennedy III Nivel, del 2 de diciembre de 2011. (fl.177)
 - Certificación juramentada de la demandante manifestó que presta sus servicios al Hospital Occidente, bajo el contrato N°. 2125 con fecha de inicio 1 de mayo de 2011 y fecha de finalización 31 de mayo de 2011. (fl. 178)
 - Incapacidad otorgada a la demandante, emitida por la Clínica del Occidente. (fl. 176)
 - Certificación juramentada de la demandante manifestó que presta sus servicios al Hospital Occidente, bajo el contrato N°. 2125 con fecha de inicio 1 de junio de 2011 y fecha de finalización 30 de junio de 2011. (fl. 179)
 - Certificación juramentada de la demandante manifestó que presta sus servicios al Hospital Occidente, bajo el contrato N°. 3137 con fecha de inicio 1 de julio de 2011 y fecha de finalización 30 de julio de 2011. (fl. 180)
 - Certificación juramentada de la demandante manifestó que presta sus servicios al Hospital Occidente, bajo el contrato N°. 3147 con fecha de inicio 1 de agosto de 2011 y fecha de finalización 30 de agosto de 2011. (fl. 181)
 - Copias de los extractos bancarios de la demandante de los años 2008, 2009 y 2010. (fls.182-197)
 - Copias de los informes de cuenta de ahorros de la demandante. (fls.198-218)
 - Comprobantes de pago a seguridad social. (fls. 219 a 225)
 - Fotocopia del escrito radicado el 14 de enero de 2020, presentado por el apoderado de la Subred Integrada de Servicios de Salud, allegando los certificados en la retención en la fuente realizados a la actora. (fls.449-456)

Orden de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el Hospital de Kennedy III Nivel E.S.E. hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.:

- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 3098-2008 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de septiembre de 2008 y terminación 30 de septiembre de 2008. (fls.39-42, 302-305)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 43)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 3535-2008 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de octubre de 2008 y terminación 30 de noviembre de 2008. (fls.44-47, 307-310)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 48)

- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 4558-2008 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de diciembre de 2008 y terminación 21 de diciembre de 2008. (fls.49-52312-315)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 54)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 376-2009 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 2 de enero de 2009 y terminación 28 de febrero de 2009. (fls.55-58, 316-319)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 59)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 1146-2009 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 2 de marzo de 2009 y terminación 30 de abril de 2009. (fls.60-63, 321-324)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 65)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 1941-2009 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de mayo de 2009 y terminación 30 de junio de 2009. (fls.66-69, 325-328)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 71)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 3087-2009 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de julio de 2009 y terminación 31 de agosto de 2009. (fls.72-75, 329-332)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 77)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 4062-2009 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de septiembre de 2009 y terminación 31 de octubre de 2009. (fls.78-81, 333-336)
- Fotocopia de requerimiento de personal del 19 de agosto de 2009. (fl.82)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 83)
- Fotocopia de la adición a la orden de prestación de servicios N°. 4062-2009 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de noviembre de 2009 y terminación 30 de noviembre de 2009. (fls.84-85, 337-338)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fls. 86 y 87)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 4939-2009 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de diciembre de 2009 y terminación 31 de diciembre de 2009. (fls.88-91 y 92, 339-343)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 93)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 1639-2010 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de marzo de 2010 y terminación 30 de abril de 2010. (fls.94-98, 344-348)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 99)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 2369-2010 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante,

- con fecha de iniciación 1 de mayo de 2010 y terminación 31 de mayo de 2010. (fls.100-104, 349-353)
- Fotocopia de requerimiento de personal, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección. (fls.105-106)
 - Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 2369-2010 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de junio de 2010 y terminación 30 de junio de 2010. (fls.107 y 109, 354-355)
 - Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 108)
 - Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 110)
 - Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 3313-2010 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de julio de 2010 y terminación 31 de agosto de 2010. (fls.111 y 115, 356-360)
 - Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 117)
 - Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 4179-2010 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de septiembre de 2010 y terminación 31 de octubre de 2010. (fls.118 y 122, 361-365)
 - Fotocopia de requerimiento de personal, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección. (fl.123)
 - Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 124)
 - Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 5046-2010 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de noviembre de 2010 y terminación 30 de noviembre de 2010. (fls.125-129, 366-370)
 - Fotocopia de requerimiento de personal, que sugiere continuar con el contratante Morales Hernández Viviana Carolina, suscrito por Vo. Bo. De Gerencia para iniciar proceso de selección y el Subdirector Coordinador de Área. (fl.130)
 - Fotocopia de la prórroga N°. 1 a la orden de prestación de servicios N°. 5046-2010, celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III Nivel y la demandante, por 31 días a partir del 1 de diciembre de 2010. (fls. 131-133, 371-373)
 - Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 135)
 - Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 411-2011 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de enero de 2011 y terminación 28 de febrero de 2011. (fls.136-140, 375-379)
 - Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 141)
 - Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 1288-2011 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de marzo de 2011 y terminación 30 de abril de 2011. (fls.142-146, 381-385)
 - Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 147)
 - Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 2125-2011 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de mayo de 2011 y terminación 30 de junio de 2011. (fls.148-152, 386-388)

- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 154)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 3147-2011 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de julio de 2011 y terminación 31 de agosto de 2011. (fls.155-159, 389-390)
- Fotocopia de la certificación de presentación de documentos por parte de la demandante, emitido por el Área de Contratación. (fl. 162)
- Fotocopia de la orden de prestación de servicios N°. 3961-2011 celebrada entre la empresa social del estado Hospital Occidente de Kennedy III y la demandante, con fecha de iniciación 1 de septiembre de 2011 y terminación 30 de septiembre de 2011. (fls.163-167, 391-394)

Testimoniales

Sandra Bibiana Puerto Bernal, identificada con la cédula de ciudadanía N°. 52.282.022, quien señaló como puntos relevantes:

- Fue compañera de trabajo de la demandante en el Hospital de Kennedy, durante marzo de 2005 a septiembre de 2011.
- La demandante se desempeñaba como Fisioterapeuta.
- La demandante realizó sus actividades de manera continua.
- La demandante cumplía horario establecido por la Coordinación de Servicio del Hospital Occidente de Kennedy.
- La accionante prestaba servicio de consulta externa y en hospitalizados.
- Si se tenía que ausentar debía informar a la Coordinadora del servicio Doctora Ailyn Lorna García y pagar ese tiempo.
- La labor se controlaba por medio del registro de los pacientes atendidos.
- Trabajaban con equipos suministrados por el Hospital.
- Las actividades solo se realizaban dentro del Hospital.
- La agenda de los pacientes a atender era creada por la coordinadora y la secretaria.
- Existía personal de planta que desarrollaba las mismas funciones, que a diferencia de las personas de planta, ellas cumplían horario más corto.
- Los pagos se realizaban de forma mensual.
- Les daban órdenes.
- No sabe si desplegaba otra actividad fuera del Hospital.
- Las actividades desplegadas por la demandante eran las contenidas en el contrato.

Blanca Cecilia Sáez, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 41.657.840, quien señaló como puntos relevantes:

- Era testigo era la secretaria asistencial del área de rehabilitación del Hospital.
- La demandante laboraba en el área de rehabilitación del Hospital de Kennedy como fisioterapeuta, por contratos de servicios.
- La demandante cumplía un horario de cuatro horas y media, de 12:30 a 4:30.
- La demandante laboró desde el 2008 al 2011.
- La demandante cumplía las mismas funciones que las terapeutas de planta.
- A la demandante se le asignaban los pacientes a atender, por medio de una agenda que asignaba la coordinadora del área.
- La demandante cumplió su labor de manera continua.
- Para no asistir al Hospital la demandante debía avisar a la coordinadora, y tenía que reponer dicho tiempo.
- La coordinadora les asignaba el número de sesiones que debía cumplir, y las actividades que debiera realizar cada profesional que estuviera en el área.

- La demandante desarrollaba las actividades con los elementos que le suministraba el Hospital.
- La demandante solo cumplía sus labores dentro del Hospital.
- No podía enviar un reemplazo en caso de una situación personal.
- Veía todos los días a la demandante.
- La demandante no era autónoma de establecer su horario.
- No le consta si prestó servicios en otra entidad.
- El hospital nunca impuso una cláusula de permanencia.

Ayleen Lorna García Ahumada, identificado con la cédula de ciudadanía N°. **39.683.386**, quien señaló como puntos relevantes:

- Fue la supervisora de la demandante, quien estaba por contrato de prestación de servicios.
- No le consta que la demandante haya prestado servicios en otra entidad.
- La demandante prestaba atención a pacientes de terapia física, hacía anotaciones en la historia clínica, y la estadística a fin de mes.
- La demandante tenía una contratación por cuatro horas y media, que cumplía en la mañana o en la tarde.
- Las citas canceladas se tenían que reprogramar teniendo en cuenta la disponibilidad de la demandante.
- Nunca le llamo la atención a la demandante y el horario lo manejaba ella de acuerdo a su disponibilidad.
- La demandante atendía entre 10 a 12 pacientes.
- La demandante siempre desarrollo actividades en el Hospital.
- La supervisora se encargaba de que se entregaran las cuentas de cobro y de enviar la solicitud de renovación cuando se fueran a vencer.
- No organizaba las agendas.
- Ella era la coordinadora del área de rehabilitación, su cargo es de planta y carrera administrativa.

Interrogatorio de Parte

Viviana Carolina Morales Hernández, identificada con la cédula de ciudadanía N°.53.012.761, rindió interrogatorio de parte, quien señaló como puntos relevantes, los siguientes:

- Es fisioterapeuta.
- En el Hospital de Kennedy realizaba intervención en pacientes hospitalizados y de consulta externa.
- Su horario era de lunes a viernes de 12:30 a 5:00 pm, cumplía 4 horas y media.
- No prestaba sus servicios en horas de la mañana.
- Realizaba las labores estipuladas en el contrato.
- No era autónoma de cambiar sus horarios.
- Atendía de 8 a 9 pacientes.
- No recuerda haber firmado algún documento que la declarara paz y salvo por todo concepto con el Hospital, solo recuerda que le avisaron que no continuaría trabajando más en el Hospital.
- Su coordinadora fue la Doctora Aylin García, quien les asignaba los pacientes.
- Prestó su labor de manera continua.
- La Doctora Aylin era quien realizaba los cronogramas de horario para el desarrollo de su labor.
- Tenía que reponer el tiempo de cualquier permiso.
- Desarrollaba sus labores con los elementos que le entregaba el Hospital.
- Desarrollaba su labor dentro del Hospital.
- Había personal de planta que desarrollaba su misma actividad.
- Si necesitaba ausentarse no podía conseguir un reemplazo.

IX. NORMAS Y JURISPRUDENCIA

Inicialmente, el despacho debe señalar que, el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 de acuerdo con la Constitución Política, precisa que las personas que se vinculan de manera laboral con el Estado, lo hacen a través de una relación legal y reglamentaria como ocurre, en: empleos de carrera administrativa, libre nombramiento y remoción, provisionales y periodo fijo, siendo llamados empleados públicos. De otra parte, existe otro tipo de relación laboral que se realiza mediante contratos de trabajo, siendo estos trabajadores oficiales. Finalmente, existe el vínculo derivado de la relación contractual con la administración, que se realiza a través de contratos u órdenes de prestación de servicios.

Visto este panorama, para determinar cuál de las relaciones con el Estado se presentan el caso estudiado, es preciso estudiar los siguientes aspectos, así:

1. Contrato de Prestación de Servicios

En lo referente a los contratos de prestación de servicios el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, precisa:

ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

...

3o. Contrato de Prestación de Servicios. <Apartes subrayados **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLES**> 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.

2. Contrato Laboral

Los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señalan la definición del contrato de trabajo y sus elementos esenciales, veamos:

ARTICULO 22. DEFINICION

1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, {empleador}, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.

ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos **tres** elementos esenciales:

- a. **La actividad personal del trabajador**, es decir, realizada por sí mismo;
- b. **La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador**, que faculta a éste para exigirle 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 contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los

derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez **reunidos los tres elementos** de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Negrilla fuera de texto

De los anteriores elementos, es necesario precisar que la diferencia entre contrato de prestación de servicios y contrato laboral, es la existencia de **tres elementos: prestación personal del servicio, continuada subordinación laboral y remuneración como contraprestación de este.**

Atendiendo lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-154 de 1997, estableció diferencias, así:

...

*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.¹

Por consiguiente, quien celebra un contrato de prestación de servicios, tiene la condición de contratista independiente, sin derecho a prestaciones sociales, por su parte, quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Es así como, el contrato de prestación de servicios desaparece cuando se demuestra subordinación o dependencia respecto del empleador, dando paso a la configuración del derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, de conformidad con el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

En desarrollo de lo anterior, la Corte Constitucional² precisó que la administración no puede considerar que los contratos de prestación de servicios son para desempeñar funciones de carácter permanente, por esto indicó:

(...) 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)"; (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas

¹ Resaltado por el Despacho.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena de la Corte Constitucional. Sentencia C-171 del 7 de marzo de 2012.

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.

De otra parte, el Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - mediante sentencia del 19 de febrero de dos mil 2009³, sobre este punto precisó:

...
La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido. Es pertinente destacar que **el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado. A Juicio de la Sala, la labor desarrollada por la actora durante varios años, advierte la necesidad de sus servicios y la vulneración del artículo 53 de la Constitución que establece una “estabilidad en el empleo”, que jamás pudo ostentar en igualdad de condiciones a los empleados públicos del establecimiento demandado, configurándose la existencia del contrato realidad, pues se dieron los tres elementos que tipifican la relación laboral como son la subordinación, el salario como retribución y la actividad personal del funcionario.**

...⁴

Es importante destacar que, la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que conlleva a que el contratista se someta a las condiciones que se requieran para el proceso eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Ahora bien, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público, y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

En ese camino, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sido claros al precisar que, para que se configure la relación laboral en el contrato de prestación de servicios, se requiere demostrar los tres elementos arriba citados: **i)** prestación personal del servicio, **ii)** continua subordinación y dependencia laboral y **iii)** 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.

³ Radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

⁴ Resaltado por el Despacho.

3. Interrupción del Contrato

En lo relacionado al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad, cuando se presentan interrupciones entre los contratos, el Consejo de Estado mediante sentencia del 4 de mayo de 2017⁵, precisó:

...
*Así las cosas, **la línea jurisprudencial** en materia de la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, en los que se debate la existencia de una relación laboral regida en principio bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio, no se ha encargado de definir o precisar el término que se debe tener en cuenta para determinar la pérdida de la solución de continuidad, en aquellos contratos de prestación de servicios que se pactan en forma continua y por un tiempo determinado, pero que presentan interrupción en la celebración de uno y otro.*

*En ese orden, **ha considerado la jurisprudencia para algunos casos que, en los eventos donde se presentan interrupciones contractuales en virtud del cual, queda cesante el contratista, habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones sociales sin solución de continuidad siempre y cuando entre la terminación de una orden de servicio y el inicio de la siguiente haya transcurrido un término razonable, sin definir de manera concreta límite temporal alguno.***

...⁶ *Negrillas fuera del texto*

Es decir, no resulta relevante que se presenten interrupciones entre los diferentes contratos, siempre y cuando estas sean razonables, de tal forma que pueda inferirse que existe continuidad en la prestación del servicio.

4. Hospital de Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E.

El Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., fue creado mediante el Acuerdo 20 de 1990, "Por el cual se organiza el Sistema Distrital de Salud de Bogotá", y modificado por el Acuerdo 17 de 1997, "Por el cual se transforman los Establecimientos Públicos Distritales Prestadores de Servicios de Salud como Empresa Social del Estado", en sus artículos 5 y 31 enuncia las funciones de las Empresas Sociales del Estado. Al respecto, el Artículo 5 señala que "el objeto de la Empresa Social del Estado será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud. En consecuencia, en desarrollo de este objeto, adelantará acciones y servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud, los cuales deberá dirigir prioritariamente a la población pobre y vulnerable, independiente de si está afiliada o no al Régimen Subsidiado de la Seguridad Social".

A su turno, el artículo 31 de la citada norma, establece que "Los Establecimientos Públicos que se transforman por el presente Acuerdo en Empresas Sociales del Estado y que venían prestando las funciones de inspección y vigilancia a los factores de riesgo, del ambiente y del consumo, de acuerdo con la competencia que señala la Ley, continuarán prestando estas funciones. La Secretaría Distrital de Salud contratará con las Empresas Sociales del Estado la prestación de dicho servicio".

⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda-Subsección B - Radicación número: 08001-23-31-000-2007-00062-01(1736-15).

⁶ Resaltado por el Despacho

En ese entendido, sobre este tipo de establecimientos de salud, el Consejo de Estado⁷, ha precisado:

(...) Su objeto es dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en salud en el Departamento de Arauca, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia (art. 3º) y sus funciones se encuentran detalladas en el art. 13º ibidem y en esencia son las siguientes: (i) La dirección del sector salud en el ámbito departamental, (ii) gestionar la prestación de los servicios de salud, (iii) adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación y (iv) ejercer en su jurisdicción la vigilancia y el control del aseguramiento en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993.

De lo anterior, se puede establecer que las funciones desarrolladas por la demandante en calidad de contratista, son inherentes al objeto de la UAE de Salud de Arauca, toda vez que la asistencia técnica y seguimiento para evaluar la gestión operativa y funcional del plan de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, sin duda contribuye al desarrollo de los objetivos y funciones del ente demandado, cual es la dirección del sector salud en el ámbito Departamental. Igualmente se trata de funciones permanentes pues al ser inherentes al objeto de la entidad, requieren continuidad y permanencia en su desarrollo.

(...)

*Como se advierte, **las funciones asignadas a la demandante no son transitorias como se afirma en el texto del contrato, pues claramente se trata de funciones inherentes al objeto de la entidad que requieren una continuidad y permanencia para el desarrollo de los fines sociales de la UAE de Salud de Arauca.***

De otra parte, no se encuentra probado que dichas funciones no podían llevarse a cabo con personal de la planta de cargos, por el contrario, el acto de creación de la entidad (Decreto 333 de 18 de Julio de 2005) permite establecer que dentro de las funciones de la entidad se encontraban las funciones contratadas con la demandante, razón por la cual, era deber de la entidad crear los empleos necesarios en su planta de personal para atender las funciones encomendadas en el acto de creación, y no acudir a la contratación de servicios para asegurar el cumplimiento de las funciones que le son inherentes, toda vez que dicho instrumento no puede ser utilizado para encubrir verdaderas relaciones laborales con la administración y eludir los derechos y garantías laborales previstas a favor de los empleados públicos.

(...)

*Como se indicó, la demandante ejerció **funciones inherentes a la entidad**, como lo es la asistencia técnica y seguimiento para evaluar los planes de salud de las entidades territoriales del Departamento de Arauca, por un espacio de tiempo superior a 42 meses comprendidos entre el 02 de abril de 2007 y el 31 de diciembre de 2011, por lo tanto, es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, **no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por***

⁷ CONSEJO DE ESTADO - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de 2016. Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00020-01(0316-14).

la administración, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que por escrito le eran asignadas por el líder de proyecto de gestión del PSPIC, cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por la Unidad.

Para la Sala es claro que **las actividades encomendadas no eran ocasionales, accidentales o transitorias**, ya que los servicios de asistencia técnica, coordinación, elaboración de informes, revisión presupuestal, coordinación y elaboración de planes operativos y proyectos, promoción del liderazgo de las entidades territoriales, inducción de personal, seguimiento al cumplimiento de metas del POA, entre otras, contratadas por la entidad, **contradicen el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo**. Debe recordarse que la modalidad contractual de prestación de servicios se encuentra justificada como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. En el presente caso, **las actividades desarrolladas son permanentes e inherentes a la dirección del sector salud en el ámbito departamental a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en ese orden, corresponden al giro ordinario de la entidad.**

En el proceso no se acreditó la existencia de cargos similares dentro de la planta de personal de la entidad para el desarrollo de las actividades contratadas, sin embargo, dicha situación no exonera de responsabilidad a la entidad demandada toda vez que por tratarse de actividades inherentes al objeto de la entidad que debían ser desarrolladas de forma permanente y subordinada, no podían ser contratadas con terceros, al tenor del artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 que prohíbe la contratación de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, caso en el cual debieron crearse los empleos correspondientes para atender con personal de planta las funciones propias y permanentes de la entidad, toda vez que las actividades contratadas son inherentes al objeto de la entidad y por tal razón, debieron ser atendidas en forma permanente y con personal de planta con el fin de asegurar los fines y cometidos de la entidad, y acudir a la celebración de contratos de prestación de servicios como ocurrió.

(...)

En consecuencia, la regla general es que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos y no a través de la contratación de servicios con terceros, pues aunque se trata de una modalidad legalmente válida, puede resultar inconstitucional su uso indebido, como cuando se emplea con la finalidad de disfrazar una verdadera relación de trabajo.

Sobre lo que debe entenderse como función permanente, la Corte Constitucional ha acudido a los siguientes criterios de identificación: **“(i) 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)”;** **(ii) criterio de igualdad, 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”.
Negrillas fuera del texto

5. Tacha de Testimonios

La tacha de testimonios se encuentra regulada en el artículo 211 del Código General del Proceso; el cual establece que cuando sea propuesta por imparcialidad o falta de credibilidad de un testigo, la misma se analizara para el momento del fallo, es decir, que no excluye la admisibilidad de la prueba, sino que obliga al juzgador a examinarlo con mayor rigurosidad, así:

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.*

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.

Sobre este punto, se debe traer a colación lo dicho por el Consejo de Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 18 de mayo de 2017, con radicado N°. 2013-0015401/2170-2015, en la cual precisó:

El testimonio, como parte de los diversos medios de prueba previstos por el legislador, se orienta al convencimiento del juez, pues quien lo solicita, lo hace en su propio interés y asume las consecuencias tanto favorables como adversas de la declaración.

Antes de solicitar la prueba, la parte habrá tenido en su esfera individual la posibilidad de analizar el beneficio que le puede traer la declaración del tercero frente a sus intereses. Así mismo, habrá tenido oportunidad de verificar la capacidad del testigo, para evitar que la jurisdicción se desgaste con la citación y comparecencia de personas que de antemano se sabe que tienen una inhabilidad absoluta para declarar.

Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la declaración, sino todo lo contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal.

Es así como, pese a que se haya tachado un testigo, no es improcedente la recepción de su declaración, ni la valoración del mismo; por lo que, se debe tener en cuenta los argumentos planteados por el apoderado de la entidad demandada al momento de su estudio.

Caso Concreto

En el caso bajo estudio, es preciso entrar a analizar cada uno de los elementos que configuran la relación laboral, así:

1. Prestación Personal del Servicio

La demandante prestó sus servicios en el Hospital de Kennedy - Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., en cumplimiento de diferentes contratos de prestación de servicios, desempeñando sus funciones desde el 1 de septiembre de dos mil ocho (2008) hasta el 30 de septiembre de dos mil once (2011), en donde los objetos contractuales fueron referentes al cargo, de: terapeuta física en el área de rehabilitación.

Lo cual, es verificado con las órdenes de prestación de servicio, visibles de folios 39 a 167, y en las certificaciones allegadas (fls. 171-174), se estableció el periodo laborado y el objeto contractual, así:

CONTRATO N°.	DESDE	HASTA	OBJETO
1. Orden de Prestación de Servicios N°. 3098-2008	1-09-2008	30-09-2008	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
2. Orden de Prestación de Servicios N°. 3535-2008	1-10-2008	30-11-2008	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
3. Orden de Prestación de Servicios N°. 4558-2008	1-12-2008	31-12-2008	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
4. Orden de Prestación de Servicios N°. 376-2009	2-01-2009	28-02-2009	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
5. Orden de Prestación de Servicios N°. 1146 - 2009	2-03-2009	30-04-2009	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
6. Orden de Prestación de Servicios N°. 1941 - 2009	1-05-2009	30-06-2009	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
7. Orden de Prestación de Servicios N°. 3087 - 2009	1-07-2009	31-08-2009	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
8. Orden de Prestación de Servicios N°. 4062-2009	1-09-2009	31-10-2009	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa

9. Adición y prórroga N°.1 a la orden de prestación de servicios N°. 4062 -2009	1-11-2009	30-11-2009	Adicionar y prorrogar la orden N°. 4062-2009, cuyo objeto es la prestación de servicios como terapeuta física en el área de rehabilitación.
10. Orden de Prestación de Servicios N°. 4939-2009	1-12-2009	31-12-2009	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
11. Orden de Prestación de Servicios N°. 1639-2010	1-03-2010	30-04-2010	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
12. Orden de Prestación de Servicios N°. 2369-2010	1-05-2010	31-05-2010	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
13. Adición y prórroga N°.1 a la orden de prestación de servicios N°. 2369-2010	1-06-2010	30-06-2010	Adicionar y prorrogar la orden N°. 2369-2010, cuyo objeto es la prestación de servicios como terapeuta física en el área de rehabilitación.
14. Orden de Prestación de Servicios N°. 3313-2010	1-07-2010	31-08-2010	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
15. Orden de Prestación de Servicios N°. 4179-2010	1-09-2010	31-10-2010	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
16. Orden de Prestación de Servicios N°. 5046-2010	1-11-2010	30-11-2010	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
17. Adición y prórroga N°.1 a la orden de prestación de servicios N°. 5046-2010	1-12-2010	31-12-2010	Adicionar y prorrogar la orden N°. 5046-2010, cuyo objeto es la prestación de servicios como terapeuta física en el área de rehabilitación.
18. Orden de Prestación de Servicios N°. 411-2011	1-01-2011	28-02-2011	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
19. Orden de Prestación de Servicios N°. 1288-2011	1-03-2011	30-04-2011	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
20. Orden de Prestación de Servicios N°. 2125-2011	1-05-2011	30-06-2011	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa
21. Orden de Prestación de	1-07-2011	31-08-2011	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa

Servicios N°. 3147-2011			
22. Orden de Prestación de Servicios N°. 3961-2011	1-09-2011	30-09-2011	Como terapeuta física en el área de rehabilitación de la empresa

Revisado lo anterior, se evidenció que la entidad contrató de manera directa a la demandante, y sus labores fueron desarrolladas permanentemente, sin embargo, pese a que se presentó interrupción, desde el 31 de diciembre de 2009 al 1 de marzo de 2010, esta no fue representativa, es decir, es indiscutible que la prestación de sus servicios al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel, hoy Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., fue personal y no se demostró solución de continuidad.

Ahora bien, de los contratos de prestación de servicios firmados por la señora Viviana Carolina Morales Hernández, se establece que se hacía necesario que prestara sus servicios profesionales de manera personal a la entidad, como se indicó en cada objeto contractual, para lo cual se transcribirán algunos, así:

Orden de Prestación de Servicios N°. 3098-2008 de 1 de septiembre de 2008:

*CLAUSULA PRIMERA OBJETO: el objeto de la presente orden es la prestación de los servicios como **TERAPEUTA FISICA** en el **ÁREA DE REHABILITACIÓN** de la **EMPRESA** de conformidad a la moral, de manera eficaz y ejecutando las **ACTIVIDADES** descritas en la Justificación, allegada en la respectiva área la cual hace parte integral de la presente orden. **PARAGRAFO:** El contratista se compromete a realizar las demás actividades asignadas a fines al objeto de la presente Orden de Prestación de Servicios (...).*

Orden de Prestación de Servicios N°. 3535-2008 de 1 de octubre de 2008:

*CLAUSULA PRIMERA OBJETO: el objeto de la presente orden es la prestación de los servicios como **TERAPEUTA FISICA** en el **ÁREA DE REHABILITACIÓN** de la **EMPRESA** de conformidad a la moral, de manera eficaz y ejecutando las **ACTIVIDADES** descritas en la Justificación, allegada en la respectiva área, la cual hace parte integral de la presente orden. **PARAGRAFO:** El contratista se compromete a realizar las demás actividades asignadas a fines al objeto de la presente Orden de Prestación de Servicios (...).*

Orden de Prestación de Servicios N°. 4558-2008 de 1 de diciembre de 2008:

*CLAUSULA PRIMERA OBJETO: el objeto de la presente orden es la prestación de los servicios como **TERAPEUTA FISICA** en el **ÁREA DE REHABILITACIÓN** de la **EMPRESA** de conformidad a la moral, de manera eficaz y ejecutando las **ACTIVIDADES** descritas en la Justificación, allegada en la respectiva área, a cual hace parte integral de la presente orden. **PARAGRAFO:** El contratista se compromete a realizar las demás actividades asignadas a fines al objeto de la presente Orden de Prestación de Servicios (...).*

Orden de Prestación de Servicios N°. 376-2009 de 2 de enero de 2009:

*CLAUSULA PRIMERA OBJETO: el objeto de la presente orden es la prestación de los servicios como **TERAPEUTA FISICA** en el **ÁREA DE REHABILITACIÓN** de la **EMPRESA** de conformidad a la moral, de manera eficaz y ejecutando las **ACTIVIDADES** descritas en la Justificación, allegada en la respectiva área, a cual hace parte integral de la presente orden.*

PARAGRAFO: *El contratista se compromete a realizar las demás actividades asignadas a fines al objeto de la presente Orden de Prestación de Servicios (...).*

Orden de Prestación de Servicios N°. 1639-2010 de 1 de marzo de 2010:

CLAUSULA PRIMERA OBJETO: *el objeto de la presente orden es la prestación de los servicios como **TERAPEUTA FISICA** en el **ÁREA DE REHABILITACIÓN** de la **EMPRESA** de conformidad a la moral, de manera eficaz y ejecutando las **ACTIVIDADES** descritas en la Justificación, allegada en la respectiva área, a cual hace parte integral de la presente orden.*
PARAGRAFO: *El contratista se compromete a realizar las demás actividades asignadas a fines al objeto de la presente Orden de Prestación de Servicios (...).*

Orden de Prestación de Servicios N°. 3961-2011 de 1 de septiembre de 2011:

CLAUSULA PRIMERA OBJETO: *el objeto de la presente orden es la prestación de los servicios como **TERAPEUTA FISICA** en el **ÁREA DE REHABILITACIÓN** de la **EMPRESA** de conformidad a la moral, de manera eficaz y ejecutando las **ACTIVIDADES** descritas en la Justificación, allegada en la respectiva área, a cual hace parte integral de la presente orden.* **PARAGRAFO:** *El contratista se compromete a realizar las demás actividades asignadas a fines al objeto de la presente Orden de Prestación de Servicios (...)*

Entonces, se evidencia que todos los objetos de las ordenes de prestación de servicios suscritas, van dirigidos a las actividades de una terapeuta física en el área de rehabilitación, lo cual, era necesario desarrollarlo dentro de la entidad, luego, tenía que asistir al Hospital de Kennedy, siendo preciso la utilización de equipos, computadores y programas suministrados por la demandada.

2. Subordinación

El Despacho entró a verificar los diferentes aspectos que rodearon el desarrollo del trabajo de la demandante, con el objetivo de determinar si existió subordinación, para lo cual, estudio el siguiente material:

- Testimonios:

Sandra Bibiana Puerto Bernal (CD folio 441)

- Conoció a la señora Viviana Carolina Morales Hernández, en el Hospital de Kennedy, pues fueron compañeras de trabajo durante los años 2005 a 2011 como fisioterapeutas.
- Se vincularon mediante contrato de prestación de servicios, sin embargo, cumplían horario, establecido por la Coordinación del Servicio del Hospital.
- Referente a que actividades desarrollaba la demandante como terapeuta, contestó: *"Se realizaba evaluación y tratamiento de pacientes de consulta externa y hospitalizados en Hospital Occidente de Kennedy, se realizaba la estadística diaria, se participaba en la parte educativa cuando era solicitado juntas médicas, revistas de ortopedia se debía asistir, también hacíamos actualización de guías de manejo, se cumplía con las reuniones periódicas que programaba el servicio"*.
- La demandante, tenía como jefe inmediato a la señora Aylin Lorna García, quien controlaba su labor y horario.
- Para poderse ausentar de la labor, tenía que informar a la coordinadora del servicio, que era la Doctora Aylin Lorna García, y tenía que reponer ese tiempo.
- La señora Viviana Carolina Morales Hernández, utilizaba en su labor, todos los equipos suministrados por el Hospital de Kennedy.

- Personal de planta ejecutaba las mismas labores que la señora Viviana Carolina Morales Hernández.
- La señora Viviana Carolina Morales Hernández, recibía órdenes dirigidas a la prestación del servicio.

Blanca Cecilia Sáez (CD folio 441)

- Conoció a la señora Viviana Carolina Morales Hernández, en el Hospital de Kennedy, donde la demandante se desempeñaba como fisioterapeuta, y ella como secretaria asistencial en el área de rehabilitación.
- La demandante tenía horario de 4 horas y media, de 12:30 a 4:30 de la tarde.
- Referente a que actividades desarrollaba la demandante como terapeuta, contestó: *"ella hacía sus funciones como fisioterapeuta, pues yo era secretaria y ellas estaban en sus áreas de trabajo atendían pacientes eh atendían los pacientes que se le generaran en la agenda que yo generaba, ellas se les asignaba los pacientes, debían atender pacientes en pisos, pues todas las fisioterapeutas atendían sus pacientes en pisos y los consulta externa y los de urgencias que se les asignaran."*
- La señora Viviana Carolina Morales Hernández, desempeñó su labor de manera continua.
- Para poderse ausentarse de la labor tenía que informar a la coordinadora del área, tiempo que tenían que reponer.
- La demandante debía cumplir horario de acuerdo a la agenda que se le asignara, la cual era fijada por la coordinadora de área, además controlaba el cumplimiento de la misma, y su horario.
- La demandante no era autónoma de establecer el horario de servicio.
- La señora Viviana Carolina Morales Hernández, utilizaba los equipos suministrados por el Hospital.
- La demandante no podía desarrollar su labor por fuera del Hospital.

Ayleen Lorna García Ahumada (CD folio 441)

- Conoció a la señora Viviana Carolina Morales Hernández, porque fue su supervisora, cuando se le contrató por prestación de servicios.
- Referente a qué actividades desarrollaba la demandante como terapeuta, contestó: *"Básicamente las actividades que tenía que hacer era brindar atención a los pacientes de terapia física, porque pues ella es terapeuta física, y lo que se genera ahí que es hacer anotación en la historia clínica, hacer la estadística al final del mes, eh básicamente digamos que era pura parte asistencial lo que ella tenía que hacer."*
- Su labor la desempeñaba por cuatro horas diarias, ya fuera en la mañana o en la tarde.
- Cuando se cancelaban las consultas de los pacientes, se reprogramaban, dependiendo de la disponibilidad de la demandante.
- La demandante desempeñó sus labores siempre dentro del Hospital.

Interrogatorio de parte de la señora Viviana Carolina Morales Hernández (CD folio 441)

- Era fisioterapeuta y realizaba intervención en pacientes hospitalizados y de consulta externa del Hospital de Kennedy.
- Su horario era de lunes a viernes de 12:30 a 5 de la tarde, solamente cuatro horas y media.
- No podía desempeñar labores en la mañana, por la asignación de horarios.
- La supervisora de su contrato fue la señora Aylín Lorna García Ahumada, quien era su jefe directo, le asignaba pacientes y con quien coordinaba todos los procesos.
- La labor que realizó fue continua.

- Tenía que reportar cualquier permiso y que tenía que reponer el tiempo.
- Desarrollaba su labor con los elementos que le daba el Hospital.
- Su trabajo solamente era en el Hospital.
- Existía personal de planta que desarrollaba sus mismas labores.

En este punto debe recordarse que la apoderada de la entidad demandada dentro de la audiencia de pruebas, tachó a la testigo Sandra Bibiana Puerto Bernal, identificada con cédula de ciudadanía N°. 52.282.022, indicando que carece de imparcialidad, al servirse mutuamente con la demandante como testigos, en el correspondiente proceso que adelantan cada una contra la entidad. Y en efecto, de acuerdo a lo declarado por la testigo, ésta manifiesta que adelanta una demanda en contra de la entidad, en el cual la demandante fungió como su testigo, por lo que este despacho analizará si su declaración estuvo afectada de parcialidad o ausencia de objetividad.

Es así como, debe recordarse que pese a que se haya tachado un testigo, estas circunstancias no hacen improcedente la recepción de su declaración, ni la valoración del mismo; por lo tanto, de acuerdo al fundamento legal y jurisprudencial planteada con precedencia sobre la tacha por sospecha del testigo, y escuchada la declaración de la señora Sandra Bibiana Puerto Bernal, en la audiencia de pruebas, se considera que esta no puede ser tildada de sospechosa, por el solo hecho de que la testigo también adelantara un proceso en contra de la misma entidad, pues como se señaló dentro de la declaración las dos eran compañeras de trabajo, por lo que son ellas quienes pueden atestiguar las condiciones en que se desempeñaron sus labores, sin que esto, impida que las dos, acudan cada una por su parte ante la administración de justicia para hacer valer sus derechos; así como, tampoco se evidencia que tuviera interés en los resultados del proceso que hoy se estudia, por tanto, su declaración no está viciada de falta de objetividad o parcialidad.

Por lo anterior, en aplicación de las reglas de la sana crítica, para este despacho es claro que la testigo hizo su declaración de forma convincente y declaró los hechos con conocimiento de causa, al haber sido compañera de la demandante, y desempeñar las mismas labores como terapeuta física. Las anteriores razones hacen concluir, que la tacha por sospecha del testimonio rendido por Sandra Bibiana Puerto Bernal, no tiene vocación de prosperidad.

Luego, al tener en cuenta que las declaraciones rendidas se caracterizaron por ser coherentes, espontáneas y por exponer los elementos que llevan a determinar lo ocurrido en el caso; en consecuencia, merecen credibilidad.

De otra parte, se debe aclarar que el hecho de que la demandante haya tenido una jornada laboral de cuatro horas y media, esto es, horario menor de otros funcionarios de planta, esto no es óbice, para desconocer el principio de primacía de la realidad, teniendo en cuenta que a pesar de que su labor se realizó por contratos de prestación de servicios, en realidad se configuró una relación laboral que le da derecho al reconocimiento de las consecuencias salariales y prestacionales que no le fueron reconocidas, más aun, teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico contempla las modalidades de jornada laboral de tiempo completo y de tiempo parcial o medio tiempo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 909 de 2004.

Ahora bien, en relación con el elemento de la subordinación o dependencia, se advierte que la actora cumplía con un programa de actividades mensuales dentro de un horario de trabajo establecido por la entidad demandada y atendiendo órdenes de superiores. Además, tanto de los testimonios como el interrogatorio de parte rendidos, se establece que, si la accionante se ausentaba debía reportar el permiso con la coordinadora del área y reponer ese tiempo, quien a su vez con apoyo de la secretaría, designaban los horarios, labores, y personas a cargo en el área de rehabilitación del Hospital. Por lo tanto, es evidente la falta de autonomía y libertad

para desarrollar sus funciones, mismas que no podían ser ejercidas de otra forma, dada la naturaleza de las labores a su cargo.

Por lo anterior, se determinó que la demandante realizaba prestación directa de su labor, en una actividad propia de la entidad, como terapeuta física, siguiendo órdenes de la demandada, cumpliendo con tareas asignadas, labores que si bien requerían de conocimientos en terapia física; no eran de conocimientos científicos específicos, sus actividades correspondían en principio a labores propias de la naturaleza de la entidad demandada, como es la prestación de servicios de salud al Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., actividades que debía de desarrollar al interior de la entidad, en cumplimiento de horario.

Así las cosas, claramente no se logra desvirtuar que la demandante haya podido realizar de manera independiente y sin la dirección de la entidad sus trabajos; luego, estos elementos, llevan a establecer que la señora Viviana Carolina Morales Hernández, actuaba bajo permanente subordinación, en tanto, debía cumplir sus funciones de acuerdo con las órdenes impartidas por la coordinadora del área. Por tanto, resulta evidente que no se cumplen con esta característica del contrato de prestación de servicios, ni hay elementos para inferir la existencia de una relación de coordinación entre las partes contratantes.

3. Remuneración

El despacho comprobó que la demandante recibía por parte de la accionada, sumas de dinero como contraprestación directa por sus laborales, las cuales fueron pagadas mensualmente, afirmación a la que se llega, luego de confrontar la información contenida en cada uno de los contratos, en los que se determina valor, así:

- Certificación de 3 de octubre de 2011, suscrita por Subgerente Administrativo del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., indicando que la señora Viviana Carolina Morales Hernández, se le pagaron honorarios (fl. 171)
- Certificación de 18 de agosto de 2009, suscrita por Subgerente Administrativo del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., indicando que la señora Viviana Carolina Morales Hernández, se le pagaron honorarios (fl. 172)
- Certificación de 25 de mayo de 2010, suscrita por Subgerente Administrativo del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., indicando que la señora Viviana Carolina Morales Hernández, se le pagaron honorarios (fl. 173)
- Certificación de 18 de noviembre de 2010, suscrita por Subgerente Administrativo del Hospital Occidente de Kennedy III Nivel E.S.E., indicando que la señora Viviana Carolina Morales Hernández, se le pagaron honorarios (fl. 174)

Igualmente se allegaron extractos bancarios de la demandante de los años 2008, 2009 y 2010 (fls.182-197), e informes de cuenta de ahorros de la demandante (fls.198-218), en donde se logra establecer el pago mensual que realizaba el Hospital, identificado como "*abono en cuenta por pago de nómina*".

De otra parte, se debe señalar que el Hospital de Kennedy III Nivel E.S.E., dentro de sus actividades se encontraba la atención de pacientes, es así como, se evidencia que las funciones que realizaba la demandante, no están revestidas con un carácter ocasional o transitorio, ni son extrañas a la entidad contratante, por cuanto dichas funciones son esenciales para el cumplimiento de los objetivos de la entidad.

En conclusión, se determina: *i.* se estructura la existencia de un contrato realidad, al demostrarse sus tres elementos: prestación directa, subordinación y remuneración,

ii. se desvirtúa la existencia de contrato de prestación de servicios, y *iii.* se desvirtúa la presunción de legalidad del acto administrativo. A pesar de este último punto, el Despacho advierte que el hecho que se haya probado la relación laboral, no implica que se adquiriera la condición de empleado público, dado que para que ello se presente, es necesario ser designado y posesionado, cumpliendo los presupuestos del artículo 122 de la Constitución Política, y las leyes que rigen la vinculación laboral en cada entidad.

Es así como, se **declarará nulidad parcial** del acto acusado oficio N°. 35374 de 16 de agosto de 2017, proferido por la accionada, mediante el cual niega la existencia de una relación laboral entre la accionante y accionada, en su lugar, se tendrá como existente una relación laboral.

A **título de restablecimiento del derecho**, la entidad demandada deberá cancelar los conceptos de pensión en la proporción que legalmente corresponda por las horas laboradas, entre el (1) de septiembre de dos mil ocho (2008) a treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), en la diferencia de los aportes realizados por la demandante como contratista y los que se debieron efectuarse, únicamente en el porcentaje que corresponda al empleador, salvo las interrupciones de cada contrato, al Fondo de Pensiones en que se encuentre afiliada la señora: Viviana Carolina Morales Hernández, identificada con cédula de ciudadanía N°. 53.012.761. La demandante deberá acreditar los aportes que realizó al sistema de seguridad social durante su vínculo contractual, y en caso que no las hubiese realizado o exista diferencia en su contra, deberá cancelar o completar, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, de acuerdo al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios suscritos. Así mismo, se declarará que el tiempo laborado por la actora, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.

Por otro lado, la sentencia de unificación precisó que, frente a los aportes a seguridad social en pensiones, no opera la devolución de dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino solamente con relación a las adeudadas al Sistema General de Seguridad Social, por lo que dicha pretensión será negada.

Prescripción

En lo referente a la prescripción, el Consejo de Estado, mediante sentencia de unificación⁸ de fecha 16 de agosto de 2016, precisó:

...
*En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, **según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.***

...
3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Exp.2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16.

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.

...

Así las cosas, en el presente caso operó el fenómeno de la prescripción, respecto al tiempo comprendido entre el primero (1) de septiembre de dos mil ocho (2008) a treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), puesto que contaba con el término de tres (3) años para reclamar la existencia de la relación laboral, y el pago de sus

⁹ Resaltado por el Despacho

prestaciones sociales; el cual vencía el 30 de septiembre de 2014, sin embargo, efectuó reclamación ante la administración, hasta el 8 de agosto de 2017 (fl. 3), la cual se respondió mediante el acto aquí acusado, es decir, dentro del término de tres años, que señalan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969.

De otra parte, 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:

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

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.

Costas y Agencias en Derecho

Toda vez que en el presente caso la condena es parcial, puesto que accede a unas de las pretensiones y niegan otras, el Despacho se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo reglado en el artículo 188 del CPACA y numeral 5 del artículo 365 del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, – Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR NULIDAD PARCIAL del acto administrativo acusado, oficio N°. 35374 de 16 de agosto de 2017, proferido por la accionada, mediante el cual se niega la existencia de una relación laboral entre accionante y accionada.

SEGUNDO.- DECLARAR existencia de relación laboral de derecho público, entre la señora Viviana Carolina Morales Hernández y la accionada, desde el primero (1) de septiembre de dos mil ocho (2008) a treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011); sin que esto constituya declaración de empleado público.

TERCERO.- DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción de las prestaciones sociales adeudadas, para el periodo comprendido entre el (1) de septiembre de dos mil ocho (2008) a treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011); conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- CONDENAR a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., a Título de Restablecimiento del Derecho, a **cancelar** los conceptos de pensión en la proporción que legalmente corresponda por las horas laboradas, entre el (1) de septiembre de dos mil ocho (2008) a treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), en la diferencia de los aportes realizados por la demandante como contratista y los que se debieron efectuar; únicamente en el porcentaje que corresponda al empleador, salvo las interrupciones de cada contrato, al Fondo de Pensiones en que se encuentre afiliada la señora: Viviana Carolina Morales Hernández, identificada con cédula de ciudadanía N°. 53.012.761, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta providencia. La demandante deberá acreditar los

aportes que realizó al sistema de seguridad social durante su vínculo contractual, y en caso que no las hubiese realizado o exista diferencia en su contra, deberá cancelar o completar, el porcentaje que le incumbía como trabajadora, de acuerdo al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios suscritos. Así mismo, se declara que el tiempo laborado por la actora, bajo la modalidad del contrato realidad se debe computar para efectos pensionales.

QUINTO.- 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:

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

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.

SEXTO.- NEGAR las demás súplicas de la demanda; por las razones expuestas en esta sentencia.

SÉPTIMO.-. NO SE CONDENA EN COSTAS, por los motivos expuestos en esta providencia.

OCTAVO.- La entidad deberá cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA.

NOVENO.- Ejecutoriada la presente providencia, por la secretaria del juzgado, **DEVOLVER** a la parte interesada el remanente de los gastos del proceso si los hubiere, y **ARCHIVAR** el expediente, con las anotaciones pertinentes de cada actuación en el Sistema de Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS EDUARDO GUERRERO TORRES
Juez