



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**

**JUZGADO VEINTITRÉS (23) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO
SECCIÓN SEGUNDA**

SENTENCIA No. 0164

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

Tema : CONTRATO REALIDAD
Radicación : 2018 – 00530
Demandante : FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN
Demandado : SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.
Asunto : SENTENCIA DE 1ª. INSTANCIA

Procede el Despacho a decidir, en primera instancia, el proceso presentado por el señor **FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN**, quien actuando mediante apoderado y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó se declaren las siguientes:

1. PRETENSIONES

El señor **FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN**, solicita a esta Jurisdicción que declare nulo el Oficio OJU-E-2201-2018 radicado No. 201803510180011 de fecha 13 de agosto de 2018, por medio del cual la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. le negó el reconocimiento y pago de los derechos y acreencias laborales reclamadas, en virtud de haber ocultado la realidad laboral, derivada de haber desempeñado funciones de digitador, de forma subordinada y permanente en la entidad accionada.

A título de restablecimiento del derecho, solicita se declare la existencia de una relación laboral entre la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. y el demandante, durante el desarrollo de los contratos de prestación de servicios, suscritos para desempeñar funciones de digitador, entre el año 2014 y el año 2016; como consecuencia de la declaratoria del contrato realidad, que se condene a la demandada a reconocerle y pagarle todas las prestaciones laborales y sociales que dejó de percibir, tales como: cesantías, interés de cesantías, primas de servicios, navidad y vacaciones; que se devuelvan las sumas canceladas por retención en la fuente, que se le reembolse lo que tuvo que pagar por concepto de afiliaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones; que se pague la sanción moratoria por la falta de pago oportuno de las cesantías; que se reajusten las sumas a favor del accionante de conformidad con el IPC; que se dé cumplimiento a la sentencia según lo señalado en el artículo 192 del C.P.A.C.A.; y que se condene en costas a la entidad accionada (folios 120 vuelto y 121).

2. HECHOS DE LA DEMANDA

- 1) El accionante, señor **FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN** suscribió con el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., sendos contratos de prestación de

servicios para desempeñar actividades de DIGITADOR PAI, desde el 25 de febrero de 2014 y hasta el 30 de enero de 2016 (folio 21).

- 2) El 03 de agosto de 2018, el demandante, señor **FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN**, radicó una petición en la entidad accionada, en la que solicitó el reconocimiento de una relación laboral, el pago de las prestaciones sociales y las cotizaciones al sistema de seguridad social, durante la duración de la relación contractual (folios 04 – 08).
- 3) La anterior petición fue resuelta en forma desfavorable por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E., a través del **Oficio OJU-E-2201-2018 radicado No. 201803510180011 de fecha 13 de agosto de 2018 -acto acusado-**, en el que la entidad argumentó que los contratos de prestación de servicios suscritos con el accionante no generaron una relación laboral, razón por la cual, determinó que no era procedente acceder al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y salariales solicitadas (folios 10-15).

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Invoca la parte demandante como violadas las siguientes normas:

Violación de normas constitucionales: artículos 2, 4, 11, 13, 25, 29, 42, 46, 48, 53, 58 y 128.

Violación de normas legales: Código Civil artículo 10. C.S.T. artículo 19, 36 y concordantes. Decreto 1042 de 1978. Decreto 1750 de 2003. Decreto 4171 de 2009. Ley 80 de 1993, numeral 3, entre otras. Jurisprudencia nacional y reinante.

El apoderado de la parte accionante manifiesta en el concepto de violación, que el acto administrativo demandado transgrede normas de orden superior, al desestimar de plano y sin fundamento constitucional el pago de todas las prestaciones laborales y sociales dejadas de percibir, que corresponden a la contraprestación de la labor desempeñada por el actor en la entidad; en este sentido, afirma que el servicio prestado por el accionante constituye una verdadera relación laboral, al cumplir con los diferentes elementos que la componen, entre estos, la prestación personal del servicio, con una remuneración mensual y la respectiva subordinación, evidenciada en el cumplimiento de un horario, el sometimiento a reglamentos y funciones predeterminadas dentro de la entidad, aunado a que la labor era desempeñada con elementos de propiedad de la contratante.

Señala que las condiciones estructurales para el contrato de prestación de servicio se encuentran desvirtuadas en la relación de las partes del presente litigio, pues esta figura se utilizó en forma equivocada, incumpliendo la prohibición constitucional y legal de contratar mediante ordenes de prestación de servicios, funciones de carácter permanente para los cuales resulta imperiosa la necesidad de crear los cargos públicos correspondientes.

Indica que la jurisprudencia ha sido enfática en determinar la mala fe probada con el hecho de camuflar una relación laboral con la celebración de contratos de prestación de servicios, situación que se acredita en este caso, pues alega que la relación del demandante con el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. responde al ocultamiento de una verdadera relación de trabajo.

Finalmente, trae a colación fragmentos jurisprudenciales del Consejo de Estado, en los cuales se expone que cuando se demuestra la existencia de una relación laboral, el

demandante tiene derecho a que se le reconozcan y paguen, a título de indemnización, las prestaciones sociales ordinarias y compartidas reconocidas a un empleado de planta que desempeñe las mismas funciones.

4. Oposición a la demanda por la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.

La entidad contestó de forma oportuna la demanda mediante memorial visible a folios de 53 a 76 del expediente; en este, el apoderado se opuso a las pretensiones, argumentando que los contratos de prestación de servicios suscritos por la entidad se rigen bajo los preceptos de la legislación privada y señalando que estos fueron ejecutados por la entidad conforme lo autorizado por la Ley 100 de 1993, lo que a su juicio significa que no le son aplicables los preceptos del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

Indica que, al momento de suscribir los contratos de prestación de servicios, el demandante aceptó que el vínculo adquirido con la entidad no se regía por la legislación laboral, sino por las normas civiles, razón por la que no puede pretender el pago de sumas diferentes o adicionales a las pactadas en los contratos de arrendamiento de servicios.

Aduce que la Corte Constitucional ha establecido que es posible celebrar contratos de prestación de servicios cuando el personal de planta es insuficiente, siempre que el trabajo encomendado no requiera la subordinación del contratado; además, afirma que en el caso concreto no se demuestra el cumplimiento de un horario que pudiera traducir en la existencia de un contrato de trabajo y mucho menos que el objeto del contrato desarrollado por el accionante corresponda con el objeto social de la entidad demandada.

Para terminar, afirma que la entidad demandada debe ser absuelta de las pretensiones del actor, por cuanto no existe obligación alguna pendiente por cubrir, entre estas las indemnizaciones requeridas por el accionante, debido a que su representada siempre actuó dentro de los parámetros y facultades que le otorga la Ley, bajo el principio de buena fe que regula las relaciones contractuales.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN POR ESCRITO

5.1 Alegatos de la parte demandante. Mediante memorial de fecha 15 de julio de 2020, el apoderado de la accionante se ratificó en lo expuesto en el concepto de violación de la demanda, estableciendo que en el proceso se encuentran plenamente probados los elementos de una relación laboral, por lo que solicita se acceda a las pretensiones de la demanda, declarando que el demandante no laboró con autonomía técnica, ni administrativa, ni financiera y que adicionalmente sus funciones no se desarrollaron en forma esporádica, pues se prolongaron desde 2014 hasta 2016.

5.2. Alegatos de la entidad demandada. Mediante memorial remitido el 28 de octubre de 2020, el apoderado de la demandada presentó memorial para alegar de conclusión, en el que manifiesta que las pretensiones de la parte accionante no están llamadas a prosperar, por cuanto no demostró la existencia de un contrato realidad y su consecuente pago de derechos de índole laboral.

Al efecto, en primera medida, realiza una descripción del denominado contrato realidad, advirtiendo que, por la indebida aplicación de esta figura la Subred Sur E.S.E, se ha visto afectada presupuestalmente, pues financieramente se basa bajo el principio de autosostenibilidad, no contando con presupuesto para pago de sentencias en contra, como el sinnúmero de fallos que declaran la existencia de un contrato realidad, pues en virtud del acuerdo No. 641 de 2016, cuando la representada se fusionó, asumió cargas

presupuestales y laborales de los seis hospitales que hoy forman la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E, situación que hoy desborda y tiene en déficit el presupuesto de la entidad.

Adicionalmente se arguye que, el acto administrativo demandado goza de presunción de legalidad, sin haber sido desvirtuada la misma, en tanto el mismo fue proferido conforme a la ley y la constitución, pues no existe una relación laboral con el demandante, ya que la relación que existió fue en virtud de contratos de prestación de servicios, para actividades no relacionadas con el objeto misional de la entidad y los cuales se ven interrumpidos, pues los mismos son por determinados tiempos.

Sobre el elemento de subordinación, exigido para la declaratoria de la relación laboral reclamada, el apoderado de la demandada recalca que las directrices impartidas por el contratante en ejecución del contrato de prestación de servicios no suponen subordinación, indicando que, con base en la documental arrimada al proceso, se establece que los contratistas independientes no tienen superior jerárquico, ya que solo tienen un coordinador y un supervisor del contrato, ello al amparo de la voluntad de las partes, de lo permitido por el numeral 6º del artículo 195 de la Ley 100 de 1993, la misma Ley 80 de 1993 y lo establecido de manera evidente en los contratos suscritos por el ahora demandante.

Así las cosas, concluye el apoderado del ente demandando que entre el actor y la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E, no existió una relación laboral, lo único que existió fue un vínculo derivado de la suscripción de contratos de prestación de servicios, los cuales se ciñeron a su propia naturaleza jurídica y regulación vigente, existiendo una coordinación de actividades necesaria para la correcta ejecución de las obligaciones contractuales y la ejecución adecuada de los recursos públicos, por lo que las pretensiones de la demanda deberán despacharse desfavorablemente.

6. PROBLEMA JURÍDICO

El litigio se concreta en determinar si el demandante tiene derecho o no, a que pese a la existencia de diversos contratos de prestación de servicios suscritos con el HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., se declare que existió una verdadera relación laboral, y en consecuencia, se declare que el accionante tiene derecho a que la entidad demandada le pague todas las acreencias laborales que debió percibir durante el periodo de vigencia de los contratos, así como la retribución de los aportes patronales en salud y pensiones.

Para resolverlo, tendremos en cuenta las premisas fácticas, las premisas normativas, las pruebas, las alegaciones de los apoderados y lo que al respecto ha señalado el precedente jurisprudencial, conforme las siguientes,

7. CONSIDERACIONES

7.1 NORMAS APLICABLES AL CASO Y EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

7.1.1 DEL EMPLEO PÚBLICO

Los artículos 122 y 125 de la Constitución Política de 1991, contemplan la función pública, así:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en Ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1)...”

“Art. 125.- Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley (...)”.

La noción de empleo se encuentra prevista en el artículo 2 del Decreto 770 de 2005, que derogó el artículo 2 del Decreto 1042 de 1978 (lo concluyó la Corte Constitucional en la Sentencia C-422 de 2012), en el que se definió el empleo como *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.*

El artículo 7 del Decreto 1950 de 1973 señaló que:

*Artículo 7.- Salvo lo que dispone la Ley para los trabajadores oficiales, **en ningún caso podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes** mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto Nacional.*

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad” (Énfasis del Juzgado)

Así mismo, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, en materia de empleo público consagra:

"Art. 19 El Empleo Público.

1. El empleo público es el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta Ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

2. El diseño de cada empleo debe contener:

a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;

b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;

c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales" (...)"

En cuanto a los empleos de las entidades territoriales el artículo 2 del Decreto 1569 de 1998 *“por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación de los empleos de las entidades territoriales que deben regularse por las disposiciones de la Ley 443 de 1998”* dispone:

“Artículo 2.- De la Noción de Empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.

Las funciones y los requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a los generales determinados en el presente Decreto”.

Por su parte, la Ley 734 de 2002, por la cual se expide el Código Único Disciplinario, establece en el numeral 29 del artículo 48 como falta gravísima:

"29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo

e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales".

De lo anterior se extrae que el ordenamiento jurídico consagró no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la Ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que utilice en indebida forma los contratos de prestación de servicios.

7.1.2 CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIO

El contrato de prestación de servicios se encuentra previsto en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

“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.”

A su turno, el Decreto 1510 del 17 de julio de 2013 “*Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública*”, vigente desde el 15 de agosto de 2013, dispuso:

“Artículo 60. Contratos de prestación de servicios de salud. *La entidad estatal que requiera la prestación de servicios de salud debe utilizar el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía. Las personas naturales o jurídicas que presten estos servicios deben estar inscritas en el registro que para el efecto lleve el Ministerio de Salud y Protección Social o quien haga sus veces.*

Artículo 81. Contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión, o para la ejecución de trabajos artísticos que solo pueden encomendarse a determinadas personas naturales. *Las entidades estatales pueden contratar bajo la modalidad de contratación directa la prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión con la persona natural o jurídica que esté en capacidad de ejecutar el objeto del contrato, siempre y cuando la entidad estatal verifique la idoneidad o experiencia requerida y relacionada con el área de que se trate. En este caso, no es necesario que la entidad estatal haya obtenido previamente varias ofertas, de lo cual el ordenador del gasto debe dejar constancia escrita.*

Los servicios profesionales y de apoyo a la gestión corresponden a aquellos de naturaleza intelectual diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal, así como los relacionados con actividades operativas, logísticas, o asistenciales.

La entidad estatal, para la contratación de trabajos artísticos que solamente puedan encomendarse a determinadas personas naturales, debe justificar esta situación en los estudios y documentos previos.” (Subrayas del Juzgado)

De conformidad con lo anterior, este tipo de contratos puede ser prestado por personas naturales o jurídicas, para cumplir actividades que no puedan ser desarrolladas por el personal de planta, diferentes a los de consultoría que se derivan del cumplimiento de las funciones de la entidad estatal y los trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales; no genera relación laboral, es decir no da lugar al pago de prestaciones sociales y se entiende que se cumple con independencia y autonomía, bajo las reglas pactadas y por el tiempo de duración estipulado.

7.2 DEL CONTRATO REALIDAD – PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Corte Constitucional¹ al estudiar la constitucionalidad del numeral 3 de la Ley 80 de 1993, señaló las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el laboral, y la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, cuando bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicio se esconde en realidad una relación de carácter laboral, 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. (...)”

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

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

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

*En síntesis, el **elemento de subordinación o dependencia** es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o*

¹ Corte Constitucional Sentencia C-154 de 1997- M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara

dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

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

Por su parte el Consejo de Estado² respecto de contrato de prestación de servicios y el principio de la realidad sobre las formalidades, también ha sostenido:

“... el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarlas, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.” (Subraya el Juzgado)

En palabras del Consejo de Estado³,

“(...) el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

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 otorgar la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el

² Consejo de Estado Sección Segunda C.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve- 15 de junio de 2011-Rad: 25000-23-25-000-2007-00395-01 (1129-10)

³ Sentencia del 27 de octubre de 2011 SCA, Sección Segunda, Subsección “A”; Consejero Ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, Radicación Número: 25000-23-25-000-2008-00070-01(1796-10), Actor: Miguel Antonio Parroquiano García.

Estado, pues para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley.”

Esta posición ha sido reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado en las sentencias del 16 de febrero de 2012, expediente No. 41001-23-31-000-2001-00050-01 (1187-11) (C.P. Gerardo Arenas Monsalve), y del 2 de mayo de 2013, radicación número: 05001-23-31-000-2004-03742-01(2027-12) (Consejero ponente: Alfonso Vargas Rincón).

Adicionalmente, el Consejo de Estado en sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)), expuso que, pese a que se haya realizado una vinculación bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, si el demandante logra demostrar el elemento de subordinación o dependencia, tiene derecho al reconocimiento y pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales. Textualmente dijo:

“Así mismo, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, (artículo 53 Constitución Política).

El anterior criterio ha sido sostenido por esta Corporación⁴ en los siguientes términos, insistiendo en la importancia de la subordinación:

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

(...)

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público (...)”

7.3 DEL CONTRATO REALIDAD EN MATERIA DE SERVICIOS DE SALUD

En reiteradas ocasiones ha afirmado la jurisprudencia del Consejo de Estado que *“en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Contratos de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad respectiva o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio del mismo, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal en los servicios en salud.”*⁵

⁴ Expediente 0245-2003, citado en la sentencia del 13 de noviembre de 2014, proferida dentro del proceso No. 68001-23-33-000-2012-00120-01 (4380-13) (C.P. Alfonso Vargas Rincón (E)).

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 1 de marzo de 2012, expediente No. 25000-23-25-000-2008-00344-01(0681-11), C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

El Consejo de Estado, también ha sostenido que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, “la especialidad de que se revisten los servicios de salud –tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de forma absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad”, máxime si la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las entidades estatales prestadoras del mismo⁶. (Subrayas fuera del texto original)

Por lo anterior, en cada caso deben revisarse las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios, en aras de establecer la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes.

8. CASO CONCRETO

El señor FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN solicita que se declare que existió una relación de naturaleza laboral al ejecutar los diversos contratos de prestación de servicios que suscribió con el HOSPITAL DE TUNJUELITO II NIVEL ESE – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., con el objeto de realizar actividades como digitador, y que, en consecuencia, tiene derecho a que la entidad le reconozca y pague todos los derechos laborales y prestacionales derivados de tal relación, en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, previsto en el artículo 53 de la Carta Política.

Se procederá entonces a establecer si en este caso se cumplieron los requisitos del contrato realidad, esto es: i) la prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia, pese a que la vinculación se hizo a modo de contratos de prestación de servicios.

8.1 DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO

De acuerdo con las pruebas aportadas e incorporadas al expediente, se demuestra que el señor FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN prestó en forma personal sus servicios, en desarrollo de múltiples contratos de prestación de servicios suscritos con el HOSPITAL DE TUNJUELITO II NIVEL ESE. Este aspecto no lo discuten las partes.

Además, de la lectura de los contratos de prestación que obran en el expediente, se lee claramente que el objeto de los mismos fue:

“OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.-EI Contratista se obliga para con el Hospital a cumplir con las obligaciones derivadas del objeto del contrato tales como: ESPECIFICACIONES TÉCNICAS: 1-Sistematizar información en los diferentes sistemas de información y bases de datos. 1. Cumplir con las actividades definidas en los contratos suscritos entre el Hospital y la Secretaria Distrital De Salud, u otras entidades contratantes, acciones específicas en los lineamientos entregados por la Secretaria Distrital de Salud, con debida oportunidad, pertenencia y calidad que estas requieren. 2- Concertar las metas respectivas con el coordinador territorial mediante acta que hará parte integral de la presente propuesta. 3- Cumplir con el cronograma proyectado para el desarrollo de las actividades. 4- Entregar de manera oportuna los informes y ciernas requerimientos que sean solicitados acorde con la normatividad vigente y por la Institución. 5- Realizar el alistamiento previo de los productos de cada intervención a cargo, con el fin de presentar la preauditoria y la auditoria que realiza la

⁶ Ibid.

firma interventora o la Secretaria Distrital de salud. 6- Presentar la auditoria de las actividades a su cargo y no generar glosas por oportunidad, calidad y veracidad en los soportes. 7- Realizar acta de entrega en formato existente y en medio magnético (CD) de toda la información necesaria en el desarrollo de la intervención al finalizar el contrato. 8- Se anexan los lineamientos emitidos por la Secretaria Distrital de Salud, 9- Presentar informes y documentos requeridos por la institución.- PARÁGRAFO Las demás actividades inherentes al objeto del contrato que le sean asignadas por el supervisor del mismo de acuerdo a las necesidades del servicio y en la unidad donde sea requerido. B.- Cumplir con todas las tareas y compromisos asignados dentro del desarrollo del proyecto de Implementación del Sistema de Información Institucional Dinámica Gerencial Hospitalaria WEB Services 2014. C.- Cumplir con las normas establecidas y la plataforma estratégica del Hospital, en el desarrollo de los productos y/o actividades contratadas. D.- Entregar mensualmente al supervisor del contrato informe de las actividades desarrolladas dentro del objeto contractual. E.- Responder por el buen uso de los equipos y elementos asignados para el desarrollo de los productos y/o las actividades contractuales. F.- Brindar atención humanizada al cliente externo y establecer relaciones de cordialidad con el cliente interno del Hospital. G. - Cumplir con las normas y procedimientos técnicos y administrativos del Hospital. H.- Utilizar, custodiar, salvaguardar y vigilar, los recursos e insumos y la conservación y uso adecuado de los bienes y la obligación de responder por su deterioro o pérdida al igual que la documentación e información que por razón de sus actividades le sean suministrados, o tenga acceso para el cumplimiento de las actividades contratadas. I.- Presentar todos los informes que le soliciten las distintas áreas relacionadas con el objeto del contrato. J.- Hacer en debida forma la entrega y recibo de turnos, así como el registro de las novedades, cuando a ello hubiere lugar y el supervisor del contrato así lo requiera. K.- De conformidad con el artículo primero de la Ley 828 de 2003, el Contratista deberá cumplir con las obligaciones frente al Sistema de Seguridad Social Integral y parafiscales (Cajas de Compensación Familiar, ICBF, SENA), cuando haya lugar, lo cual se deberá acreditar conforme lo establece el artículo 50 de la Ley 789 de 2002. El incumplimiento de esta obligación será causal para la imposición de multas sucesivas hasta tanto se dé el cumplimiento, previa verificación de la mora mediante liquidación efectuada por la entidad administradora, a través del trámite establecido en el artículo quinto de la Ley 828 de 2003 Cuando durante la ejecución del contrato o a la fecha de su liquidación se observe la persistencia de este incumplimiento, por cuatro (4) meses la Entidad Estatal dará aplicación a la cláusula excepcional de caducidad administrativa, conforme lo establece el artículo 18 de la Ley 80 de 1993. L.- Colaborar con las actividades inherentes al objeto contractual, para el mejoramiento continuo de la calidad y aquellas incluidas dentro de los planes de mejoramiento de los diferentes estándares de habilitación y acreditación de los servicios de salud (Sistema Obligatorio de Garantía de la Calidad en Salud SOGCS en sus cuatro componentes: Sistema Único de Habilitación, Sistema Único de Acreditación, PAMEC y Sistema de Información para la Calidad; conforme al marco normativo vigente: Ley 100 de 1993, Ley 715 de 2002, Decreto 1011 de 2006, Resolución 123 de 2012, Resolución 1445 de 2006, Resolución 1446 de 2006 y Resolución 1441 de 2003). M.- Apoyar la atención de las auditorias presentando la información y/o soportes que soliciten y correspondan al objeto del contrato”.

Al respecto, la testigo KAREN LIZETH GUTIÉRREZ MAHECHA, quien laboró en el mismo cargo que el accionante en la entidad, en audiencia de pruebas declaró:

“(…) **PREGUNTADO:** Usted sabe, señora Karen, si el señor Fabián podía, en caso de ausentarse, ¿podría subcontratar a alguien a contratar a un tercero que lo reemplazará dentro de sus funciones? **RESPONDIÓ:** No, no, señora, eso no se podía hacer. (...)”

De otro lado, los declarantes coincidieron en señalar que para desarrollar el objeto contractual el demandante debía cumplir un horario de trabajo, en la jornada que le fuera asignado por el Hospital de Tunjuelito II Nivel ESE.

Sobre el particular, la testigo ANGIE PAOLA QUINTERO ALBARRACÍN, quien laboraba como vacunadora de la ESE demandada, sobre la actividad laboral del demandante, expresó:

*“(...) **PREGUNTADO:** ¿Usted sabe si el señor Fabián cumplía algún horario? **RESPONDIÓ:** Sí señora horario, como horario de oficina más o menos, era el horario de entrada a las 7:00 de la mañana, horario de salida como tal no teníamos (...)”*

El cumplimiento de horario laboral diario por parte del demandante es prueba de que el señor FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN debía prestar personalmente el servicio; en consecuencia, no podía delegar esta obligación en un tercero, como también fue afirmado congruentemente por el demandante y las testigos citadas.

8.2 DE LA REMUNERACIÓN

En los diversos contratos de prestación de servicios que obran en el expediente, se verifica que la entidad le fijó al señor FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN una retribución por sus servicios en el cargo que desempeñó como digitador, que recibía mensualmente de parte del HOSPITAL TUNJUELITO II NIVEL E.S.E. – hoy SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E., quedando expresado en los contratos de la siguiente manera:

*“FORMA DE PAGO.- El valor de la Orden será cancelado por el Hospital mediante pagos realizados por el Sistema Automático de Pagos - SAP., así: Un pago mensual previo visto bueno por parte del supervisor habiéndose cancelado los aportes por concepto de salud y pensión vigentes al respectivo mes. **PARÁGRAFO:** Los pagos estarán sujetos a: 1- Programa Anual Mensualizado de Caja – P.A.C. De Tesorería, sin generar intereses moratorios. 2- En caso de no ser renovado el contrato, presentar certificado de Paz y salvo del Supervisor, por inventarios de bienes muebles, entrega del puesto de trabajo y productos”.*

Sobre la remuneración se declaró en audiencia de pruebas, por parte del demandante que:

*“(...) **PREGUNTADO:** Señor Fabian, usted menciona que le renovaban el contrato de manera mensual, ¿los pagos también eran mensuales? **RESPONDIÓ:** Sí señora, sí, pero para el pago nos exigían que lleváramos el pago de la EPS y de salud de forma independiente, para que ellos nos hicieran la renovación del contrato, sino proporcionamos eso, no nos renovaban el contrato. Entonces, cada que nos pagaban, teníamos que hacer los correspondientes pagos de forma particular a esas entidades. (...)”*

Reafirmando lo anterior, la testigo KAREN LIZETH GUTIÉRREZ MAHECHA manifestó:

*“(...) **PREGUNTADO:** Por último señora Karen, usted sabe ¿qué trámite debía realizar el señor Fabián para que le realizaran el pago mensual? **RESPONDIÓ:** Asumo que sería el mismo que en mi caso, no, pues digamos que el pago mensual si lo realizaban; bueno, era mensual, era un sueldo de millón cien, sí, pero pues digamos que nosotros teníamos que pagar por aparte de lo de salud y pensión; para que a nosotros nos hicieran el pago, teníamos que llevar el soporte de que ya habíamos hecho el pago de la EPS,*

para que obviamente ellos tuvieran esa constante y pues en si ellos obviamente ya nos realizaban el pago a nosotros, pero teníamos que llevar eso a fin de mes y si no nos hacían ni renovación de contrato ni tampoco nos realizaban el pago. (...)”

8.3 SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA

Este es, en últimas, el requisito que marca jurídicamente la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral.

Según la Corte Constitucional (sentencia T-115 de 2015) la subordinación es el poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos.

Conforme a lo probado en este caso, se advierte que los contratos firmados por las partes excluyen expresamente los elementos propios de la subordinación, entendida como aquella facultad de exigir al trabajador el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

De acuerdo con lo anterior, se precisa entonces que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, desvirtuando la cláusula de exclusión de relación laboral y autonomía integrada en los referidos contratos, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo⁷.

En este campo, por regla general, cada parte tiene la carga de probar sus afirmaciones con las excepciones establecidas en la Ley. Así se aplica desde el Derecho Romano, conforme a los aforismos “*onus probandi incumbit actori*”, o sea que al demandante le incumbe el deber de probar los hechos en que funda su acción, y “*reus in excipiendo fit actor*”, es decir, que el demandado cuando excepciona o se defiende, tiene el deber de probar los hechos en que funda su defensa.

En el ordenamiento colombiano esta regla es consagrada en el campo del Derecho Privado en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2011, el cual señala que: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (...)*”, disposición aplicable en los procesos contenciosos administrativos por remisión normativa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Ley 1437 de 2011⁸. Bajo este supuesto, se resalta que a la parte demandante en estos casos le ha sido impuesta la carga procesal y demostrativa de aportar al plenario prueba idónea de la subordinación alegada, ejercicio que no se evidenció en el presente caso.

⁷ Para el efecto, en providencia del 15 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández y radicación 68009-23-31-000-2009-00691-01 (1579-15), se sostuvo lo siguiente: «[...] Por todo lo anterior, es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo «*onus probandi incumbit actori*», dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Francisco de Paula Santander; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala confirmar la sentencia apelada en cuanto el a quo negó el petitum de la demanda, por las razones expuestas. [...]»

⁸ **ARTÍCULO 211. RÉGIMEN PROBATORIO.** En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.

Esta afirmación tiene como sustento que, en el proceso de la referencia la parte accionante no utilizó medio de prueba pertinente para sustentar sus pretensiones en lo relativo a demostrar el elemento de subordinación constitutivo de la relación laboral.

Por el contrario, en la audiencia de pruebas los testigos citados reafirmaron que la labor del actor respondió a las obligaciones contratadas y además se evidenció la coordinación realizada frente a las mismas por parte de la entidad, dentro del margen admitido en la regulación de la prestación de servicios, que en últimas dista de la subordinación alegada en la demanda, como se ilustra a continuación:

El señor FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN, en el interrogatorio de parte manifestó:

*“(…) **PREGUNTADO:** Señor Fabián, ¿puede manifestar al despacho si las actividades que usted desarrollaba durante 2014 y 2016 eran relacionadas con el objeto del contrato de prestación de servicios? **RESPONDIÓ:** Es que en el contrato, lo que yo alcanzaba a identificar, porque repito que nunca nos dieron copias de esos contratos, era como un auxiliar, como una especie de auxiliar de enfermería, algo así, pero algo que nosotros no tampoco aplicábamos, porque yo, yo entré para el cargo de digitador y bajo ese aspecto, pues no sé si eso es lo que venía estipulado en la contratación; sí me indicaron pues las funciones que tenía que realizar lógicamente, donde tenía que tener un horario, donde tenía un carnet, donde tenía un correo electrónico corporativo, donde tenía un aplicativo, donde pues obedecía órdenes de un jefe directo, es todo, todos los aspectos que reúnen o que se solicitan para un empleo normal. **PREGUNTADO:** Señor Fabián, de acuerdo a la respuesta anterior, ¿manifiéstele al Despacho, quién le exigió el horario?, de acuerdo a lo manifestado. **RESPONDIÓ:** Pues en ese momento era jefe principal o de la encargada del área, era la Jefe Leonor Sánchez; ella, ella siempre nos indicaba que debíamos cumplir con el horario; es más cuando llegábamos con un retraso de 10 o 15 minutos, nos devolvíamos y perdíamos el día de trabajo; y teníamos que estar allí hasta las 5:00 de la tarde que se reunía toda la área para consolidar lo que se había realizado en el trabajo del día. **PREGUNTADO:** Señor Fabián, manifiéstele al Despacho si durante el tiempo que estuvo vinculado como contratista del Hospital Tunjuelito, ¿tuvo alguna clase interrupción? **RESPONDIÓ:** En un mes de diciembre tuvimos unas vacaciones colectivas donde no se nos contrató, creo que fueron 8 días, pero después de eso se nos volvió a contratar, lo que le indico, mensualmente. De resto no tuvo interrupciones hasta que decidieron no contar más con el servicio mío o con el trabajo mío. **PREGUNTADO:** Señor Fabián, manifiéstele al Despacho si durante los extremos laborales 2014 y 2016 ¿usted tuvo algún llamado atención por escrito a través de su supervisora o jefe inmediato que aduce usted tener durante esta época? **RESPONDIÓ:** Pues alguna vez me hicieron un llamado de atención, creo que lo reportaron, pero pues no lo tengo y no tengo la fecha, por haber abierto una página no permitida ahí. (...) **PREGUNTADO:** Señor Fabián, ¿Usted en algún momento requirió de pedir algún tipo de permiso para ausentarse sus funciones? **RESPONDIÓ:** Sí, claro, claro, cuando yo necesitaba hacer algo, tenía que hablar con mis jefes directos y que autorizara la jefe general si podía salir en horario laboral, de pronto alguna vez tuve alguna cita médica o alguna diligencia personal. Pero tenía que ser autorizado por ellos. **PREGUNTADO:** ¿Manejaban algún tipo de formato escrito? o ¿cómo se solicitaban esos permisos? ¿cuál era el trámite? **RESPONDIÓ:** No era más verbal, verbal, pero igual si no lo autorizaban igual no podías ir o algo así. **PREGUNTADO:** Usted recuerda, señor Fabián, si en ese cargo que usted desempeñaba como digitador que menciona, ¿existía personal de planta? **RESPONDIÓ:** Sí, algunas personas de enfermería estaban de planta. **PREGUNTADO:** ¿Pero desempeñando las funciones como digitador? **RESPONDIÓ:** Funciones diferentes; no, como digitador no, como digitador*

todos estamos, estábamos en la misma posición laboral, en la misma situación. (...) **PREGUNTADO:** ¿Tenía que realizar algún informe o algo similar de actividades? **RESPONDIÓ:** Sí, claro. Se realizaban informes sobre la vacunación realizada, tenía que entregar reportes semanales, era auditado y todo esto ese trabajo se hacía dentro de un horario en el cual yo tenía que estar presencialmente allí. (...)

Por su parte, la señora KAREN LIZETH GUTIÉRREZ MAHECHA, quien testificó en este proceso, declaró:

(...) **PREGUNTADO:** Señora Karen, ¿qué tipo de vinculación tenía usted con la Subred? **RESPONDIÓ:** Sí, señora, le digo, yo no recuerdo muy bien el tipo de contrato que manejábamos, lo que sí me acuerdo era que a mí también me manejaban un contrato mes a mes; a nosotros mensualmente nos llevaban a la central del Hospital Tunjuelito para realizar la *firmación* [sic], o por así decirlo, la renovación del contrato. Manejaba también un horario, mi horario era también de ocho a cinco. Yo inicialmente sí trabajaba todos los sábados de nueve de la mañana a una de la tarde, pues cuando sí había épocas de los de las contingencias de vacunación y demás, pues si no me tocaba alargar el horario hasta tipo cinco de la tarde, prácticamente el mismo horario que manejaban las auxiliares de enfermería. **PREGUNTADO:** Señora Karen, ¿sabe al señor Fabián quién le indicó ese horario que usted menciona? **RESPONDIÓ:** Tenía también un jefe directo, era Leonor Sánchez, pues ella, casi, digamos [sic], como tal la que se encargaban de nosotros era Andrea y Víctor, la verdad no recuerdo los apellidos, ellos eran jefes de enfermería y ellos eran nuestros jefes directos; ellos eran como tal, más que todo Andrea, la que me indicaba, nos indicaba a nosotros los horarios, pero obviamente ellos seguían las órdenes de la jefe líder, por así decirlo, que era Leonor Sánchez. **PREGUNTADO:** Señora Karen, ¿qué pasaba en caso de que incumplieran el horario? **RESPONDIÓ:** Digamos que exigían casi lo mismo que a las auxiliares de enfermería, me explico: si nosotros llegábamos 5 minutos tarde, nos daban esa gabela de tiempo, si uno llegaba tarde lo que hacían era devolvernos, no nos dejaban estar ese día trabajando, ¿sí? y pues obviamente ese día no nos lo pagaban. Era indispensable la puntualidad, ellos nos exigían el horario, teníamos que estar en punto y más que todo cuando era todo el tema de vacunación, de no llegar con puntualidad, ellos nos hacían como un retardo, pero tal vez ya la última instancia era devolvernos a las casas. (...) **PREGUNTADO:** Señora Karen, usted le podría informar a este Despacho si, usted sabe o conoce si, ¿había personal de planta que desempeñara las mismas funciones como digitador? **RESPONDIÓ:** No, no señora, la verdad, no tengo conocimiento. En el área de vacunación, sólo estaba Fabián y estaba yo, no había más y nosotros dos no éramos de planta; no sé si de pronto en la principal del hospital sí, pero ahí si no tengo conocimiento de eso. (...) **PREGUNTADO:** ¿Manejaban algún tipo de informes o similar? **RESPONDIÓ:** Sí señora, mensualmente teníamos que entregar el informe de lo que nosotros teníamos que ingresar. (...)

Finalmente, la señora ANGIE PAOLA QUINTERO ALBARRACÍN, como testigo del caso, manifestó en audiencia de pruebas, lo siguiente:

(...) **PREGUNTADO:** ¿Recuerda usted, señora Angie, qué actividades desempeñaba el señor Fabián? **RESPONDIÓ:** Sí claro, él era el digitador de lo que vacunábamos nosotros, él se encargaba de digitalizar y subir al aplicativo. (...) **PREGUNTADO:** Señora Angie ¿usted sabe o conoce si el señor Fabián tenía algún jefe? **RESPONDIÓ:** Sí claro, teníamos dos jefes; la Coordinadora y dos jefes extramurales, dos jefes que nos mandaban ahí. (...) **PREGUNTADO:** Usted sabe, señora Angie, usted menciona que lo conoció a él como digitador, ¿usted sabe si había algún digitador de planta? **RESPONDIÓ:** No, que yo sepa no, ahí donde estábamos nosotros, no; no sé

si de pronto en la parte de salud pública donde manejaban todo el resto de digitadores había alguno, pero ahí donde nosotros solo él, solo, no había ninguno de planta (...)”.

Así las cosas, no se demuestra que la entidad demandada a través de sus funcionarios en sus distintos niveles administrativos, de manera permanente e inequívoca hubiere emitido órdenes insoslayables, ni menos que estas fueran alejadas del cumplimiento de las obligaciones y del objeto contractual, según se evidenció por las testigos, en contraste con la documental que reposa en el plenario, concretamente los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes.

Ahora bien, debe indicarse que cuando la testigo KAREN LIZETH GUTIÉRREZ MAHECHA menciona que *“Era indispensable la puntualidad, ellos nos exigían el horario, teníamos que estar en punto y más que todo cuando era todo el tema de vacunación, de no llegar con puntualidad, ellos nos hacían como un retardo, pero tal vez ya la última instancia era devolvernos a las casas”*, a juicio del Despacho, el hecho de que se realizaran este tipo de exigencias por parte de la entidad contratante, así como las validaciones verbales para ausentarse del turno, no se puede asociar directamente con subordinación, ya que el actor fue contratado para prestar dichas actividades como digitador, la cuales se requerían en momentos específicos, ya que las mismas están supeditadas a la atención al público, más concretamente de pacientes, quienes pactaban citas médicas en fechas y horas establecidas conforme a los horarios y jornadas de vacunación; por ende, se requería que el personal que prestaba los servicios que desempeñaba el accionante estuviera disponible en dichos momentos, asistiendo la labor del personal encargado de la vacunación, que era cuando se generaba la necesidad del servicio, así que, era apenas indispensable que la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E. a través de su personal, coordinara a los contratistas de prestación de servicios, de manera que se garantizara una correcta prestación del mismo.

Adicionalmente, según lo manifestado en audiencia de pruebas, debe aclararse que, si bien las testigos hicieron alusión a llamados de atención frente a los retardos, no se acreditó que en alguna oportunidad el demandante hubiere sido objeto de los mismos, por lo que resultan ser apreciaciones que no aterrizan en el caso concreto como soporte del elemento de subordinación; ahora bien, respecto al llamado de atención que alude el actor haber recibido por ingresar a páginas no permitidas, resulta importante señalar que a juicio del Despacho esta situación tampoco podría catalogarse como un elemento que desborde la potestad del ente hospitalario, pues se entiende que este requerimiento atañe al control de las políticas internas de acceso a sitios web, sin que esto riña con la autonomía del contratista en el desarrollo profesional de la actividad encomendada.

Así pues, las pruebas documentales, el interrogatorio de parte y la testimonial recaudada dan cuenta que, en vez de una relación sometida a *subordinación*, en este caso se realizaron actividades coordinadas con el quehacer diario de la entidad basada en las cláusulas contractuales para la prestación de servicios en el área de enfermería en el Hospital.

Esta conclusión resulta obvia al examinar las actividades y obligaciones fijadas en el clausulado contractual, entre las que se encuentran las siguientes: *-Sistematizar información en los diferentes sistemas de información y bases de datos; Concertar las metas respectivas con el coordinador territorial mediante acta que hará parte integral de la presente propuesta; Cumplir con el cronograma proyectado para el desarrollo de las actividades; Entregar de manera oportuna los informes y ciernas requerimientos que sean solicitados acorde con la normatividad vigente y por la Institución; Realizar el alistamiento previo de los productos de cada intervención a cargo, con el fin de presentar la preauditoria y la auditoria que realiza la firma interventora o la Secretaria Distrital de salud-*, pues las cuales denotan la ejecución del

objeto contractual, advirtiéndole que estas debían ejecutarse dentro del horario en el que los pacientes requieran atención por parte de la Institución de salud en lo relacionado con sus necesidades médicas.

En este orden, no puede confundirse que el contratista goza de independencia y autonomía para el desarrollo del objeto contractual, para llevar al absurdo que estas se desarrollen al antojo o acomodo del horario del contratista, porque es la necesidad del servicio, conforme al desarrollo del objeto institucional, la que fundamenta su vinculación contractual, ante la falta de personal de planta, de suerte que no se concibe la ejecución de actividades por fuera de horarios en los que la entidad no los necesita, o en palabras del Consejo de Estado, el contratista no puede desempeñarse “*como rueda suelta y a horas en que no se les necesita*”⁹.

En otro aspecto, el deber impuesto al señor **FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN** de reportar informes sobre la ejecución del contrato, no constituye un indicio de *subordinación*, pues en la práctica, dicha exigencia tiene su génesis en la necesidad de verificar el correcto y cabal cumplimiento de las obligaciones y del objeto contractual, incluida la tipología de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993, máxime que el artículo 14 *ídem*, establece que la dirección general, control y vigilancia de la ejecución del contrato, recaerán en la entidad estatal contratante.

Es así como la 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 cual incluye el cumplimiento de cierta intensidad horaria, de recibir instrucciones del personal administrativo y elaborar informes de sus actividades y resultados, aspectos que no implican *per se*, la configuración del elemento de *subordinación* propio de una relación laboral, de suerte que este Despacho Judicial, con grado de certeza, arriba a la conclusión que no se demuestra este requisito obligatorio, esencial y estructurador del “*contrato realidad*” para que pudiera declararse la existencia de una relación laboral como fue solicitado en la demanda.

Bajo la anterior argumentación, se destaca que, en tratándose del contrato estatal de prestación de servicios, se impone al contratista que funge como demandante y que no prueba, la regla que señala que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda “*actore non probante, reus absolvitur*”-, so pena de ser negadas sus aspiraciones.

En suma, se establece que entre el demandante **FABIÁN ANDRÉS RODRÍGUEZ BELTRÁN** y la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR E.S.E.** se suscribieron varios contratos de prestación de servicios, en los cuales, con base en la autonomía de la voluntad, las partes acordaron no constituir vínculo o relación laboral alguna entre estas mismas, sino el sometimiento para todos los efectos legales a la regulación de la Ley 100 de 1993, acuerdo contractual que no fue desvirtuado en este proceso, así, en consecuencia, se desestimarán las pretensiones de la demanda.

⁹ Así se dijo en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ0039, M-P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda: “... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

De modo que realizando una interpretación sistemática y finalista de las normas y principios aplicables y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial y los supuestos fácticos de la demanda, el Despacho arriba a la convicción de que las pretensiones de la demanda **no están llamadas a prosperar**. En consecuencia, el acto administrativo mediante el cual se negó la configuración de una relación laboral entre el accionante y el ente demandado conserva su validez y eficacia al no haber sido desvirtuada la presunción de legalidad que lo ampara.

9. COSTAS

Finalmente, el Despacho se abstendrá de condenar en costas a la parte actora, de las cuales hacen parte las agencias derecho, pues conforme al artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 no se ha comprobado temeridad o mala fe de la demandante. El H. Consejo de Estado ha señalado: “(...) sólo cuando el Juez, después de valorar la conducta de las partes, compruebe que hubo uso abusivo de los medios procesales es del caso condenar en costas lo que, contrario sensu, significa que si la conducta procesal fue correcta no es posible acceder a la condena en costas”¹⁰, y en vigencia de la Ley 1437/2011 ha reiterado¹¹, acudiendo a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-342/2008, que: “En ese orden, como las costas procesales se orientan a sancionar el ejercicio abusivo de los instrumentos judiciales o el desgaste procesal innecesario de la parte demandada y de la propia administración de justicia, **su reconocimiento debe atender tal naturaleza y las circunstancias de cada caso.**” (Énfasis del Juzgado). Tampoco se comprobaron los hechos que, conforme lo exige el artículo 365-8 del C. G. del P., dan lugar a las costas

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veintitrés (23) Administrativo del Circuito de Bogotá D.C. – Sección Segunda, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

10. RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda por las razones expuestas en este proveído.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a la parte vencida de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: EXPEDIR copias auténticas de la presente providencia a favor del interesado, una vez sean solicitadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 114 del C.G.P.

CUARTO: Una vez en firme esta sentencia, por Secretaría **LIQUÍDENSE** los gastos del proceso y **ARCHÍVESE** el expediente dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARÍA TERESA LEYES BONILLA
JUEZ

NVG

¹⁰Sentencia 25 de mayo 2006 Subsección B, C. P. Dr. Jesús María Lemos, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-04955-01 (2427-2004) Demandado: BOGOTÁ-D.C- Sria. EDUCACIÓN.

¹¹Consejo de Estado- Sección Primera, auto del 17 de octubre de 2013, expediente No. 15001-23-33-000-2012-00282-01, C.P. GUILLERMO VARGAS AYALA.

Firmado Por:

MARIA TERESA LEYES BONILLA

JUEZ CIRCUITO

JUZGADO 023 ADMINISTRATIVO-SECCION 2 DEL CIRCUITO DE BOGOTA

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

Código de verificación: **95cd7c17d320d578e63f8617d3d1b1fe659884d175cd144dccbd449c7e5f0600**

Documento generado en 10/12/2020 04:54:49 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>