

Señor:

Tribunal Administrativo del Cauca
Magistrado Jaime Restrepo Cáceres
E. S. D.

Referencia:

EXPEDIENTE: 2019-00331-00

DEMANDANTE: RODRIGO ALBERTO ZAMORA ARRECHEA

DEMANDADO: HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER

MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El suscrito **CHRISTIAN JOHAN ALOMIA RIASCOS**, mayor de edad vecina y residente en Cali, abogado con Tarjeta Profesional No. 227.213 del C.S.J., identificado con cédula de ciudadanía No. 16.378.132 expedida en Cali-Vaile, obrando en calidad de apoderado judicial del HOSPITAL FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, Empresa Social del Estado representada legalmente por el Médico JOSE ELBER MINA CASTILLO, mayor de edad vecino de Santander de Quilichao, procedo dentro del término legal y de conformidad con el término legal y conforme al código contencioso administrativo a Contestar Demanda, según asunto de la referencia y conforme al poder a mi conferido, previa al análisis de los siguientes:

HECHOS:

AL HECHO PRIMERO RESPONDO:

No es cierto, está claramente comprobado con que el demandante suscribió unos contratos de prestación de servicios con esta entidad hospitalaria, donde debía cumplir con unas actividades asignadas y en contraprestación recibía un pago de honorarios.

AL HECHO SEGUNDO RESPONDO:

No es un hecho, son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora, por ende no es susceptible de negar o afirmar parte de la entidad que represento.

AL HECHO TERCERO RESPONDO:

No es un hecho, son apartes de sentencias y apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora, por ende no es susceptible de negar o afirmar parte de la entidad que represento.

AL HECHO CUARTO RESPONDO:

No es cierto en la forma que plantea la parte demandante, el médico especialista Rodrigo Alberto Zamora Arrechea, prestaba apoyo, pero bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios directamente con el Hospital, no se le exigió cumplimiento de horario sino de actividades y no se le pagaba un salario, ella presentaba un informe con el número de actividades cumplidas y se le cancelaban unos honorarios, previo informe de supervisión del líder del proceso.

AL HECHO QUINTO RESPONDO:

No es cierto, el médico especialista Rodrigo Alberto Zamora Arrechea, no ha sido empleado del Hospital Francisco de Paula Santander, solicito su señoría requerir al demandante se sirva aportar copia de la historia laboral para verificar que entidades

han sido sus empleadores en el tiempo que el demandante argumenta haber sido empleado del Francisco de Paula Santander.

Lo que realmente existió fueron contratos de prestación de servicios, no se le exigió cumplimiento de horario, pero sí de actividades y no se le pagaba un salario, el galeno presentaba un informe con el número de actividades cumplidas y se le cancelaban unos honorarios, previo visto bueno de supervisión del líder del proceso.

AL HECHO SEXTO RESPONDO:

No es cierto, los honorarios del demandante se encuentran pactados debidamente en los contratos de prestación de servicios de la entidad, es decir, es un acuerdo de voluntades que se plasma en el contrato.

AL HECHO SEPTIMO RESPONDO:

Es parcialmente cierto:

Es cierto, en cuanto la radicación de la solicitud y su respectiva respuesta

No es cierto, no es un contrato de trabajo, lo que realmente existió fueron contratos de prestación de servicios, no se le exigió cumplimiento de horario, pero sí de actividades y no se le pagaba un salario, el galeno presentaba un informe con el número de actividades cumplidas y se le cancelaban unos honorarios, previo visto bueno de supervisión del líder del proceso

AL HECHO OCTAVO RESPONDO:

No es un hecho, son apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora, por ende no es susceptible denegar o afirmar parte de la entidad que represento.

AL HECHO NOVENO RESPONDO:

No es un hecho, son apartes de sentencias y apreciaciones subjetivas del apoderado de la parte actora, por ende no es susceptible denegar o afirmar parte de la entidad que represento.

AL HECHO DÉCIMO RESPONDO:

Es cierto, en cuanto que el demandante presentó acción de tutela en contra de esta entidad en busca de la protección al derecho fundamental de la estabilidad laboral reforzada.

Lo que no menciona el demandante es que dicho derecho le fue otorgado porque el último día de vigencia del contrato de prestación de servicios tuvo u accidente donde se le otorgó una incapacidad y por dicha incapacidad en el último día de vigencia del contrato el juez constitucional otorgó el derecho a la estabilidad laboral reforzada y de manera transitoria, es decir , una vez terminó la incapacidad se acabó el derecho a la estabilidad.

AL HECHO DÉCIMO PRIMERO RESPONDO:

Es cierto, teniendo en cuenta los documentos aportados como prueba dentro del presente asunto.

OPOSICIÓN A LAS PRETENSIONES FORMULADAS EN LA DEMANDA

Me opongo Señor Juez a todas y cada una de las pretensiones esbozadas en el libelo demandatario en el sentido que, sin aceptar los hechos de demanda, la actora

no tiene derecho a pago de acreencias laborales, cuando nunca existió un vínculo laboral que originara la obligación que aquí se plantea; siempre existieron contratos de prestación de servicios profesionales para desempeñar las actividades como médico especialista en ginecología.

Pretende la parte actora el reconocimiento de toda clase de emolumentos laborales tales como prestaciones sociales y de seguridad social integral, desde el 03 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2019 y que se condene a esta entidad hospitalaria.

Es importante aclarar que el demandante ZAMORA ARRECHEA, durante todo el tiempo estuvo cotizando al sistema integral de seguridad social, por lo que pretender que se condene a un doble pago a esta entidad hospitalaria es ir contra lo estipulado en la legislación colombiana en materia de seguridad social **no se puede realizar un doble pago al sistema por una misma actividad.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DEFENSA

La ley 80 de 1993, plantea la facultad que tienen los entes estatales, de contratar personal sin que ello origine pago de acreencias laborales por la necesidad del servicio así:

“3o. Contrato de prestación de servicios

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.

NOTA: Las expresiones subrayadas fueron declaradas EXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>”

Existen sentencias y doctrinas que nos permite que le entidad estatal, por razón de un manejo inmediato y eficaz, en la prestación de un servicio social, se vincule personal no de planta sino de prestador de servicio personal independiente, para agilizar la inmediatez del servicio.

Por lo tanto, en aras de mi defensa a la cual se tiene derecho a plantear, y no es una aceptación de hechos de demanda, las siguientes:

“Problema Jurídico:

Se solicita a la Oficina Asesora de Asuntos Jurídicos de la Secretaria de Salud Departamental evaluar jurídicamente la procedencia de un contrato de concesión para la administración y operación total del objeto social de la ESE con un tercero, a través de proceso licitatorio.

Para resolver el asunto, se examinará la normatividad vigente que regula a las Empresas Sociales del Estado en materia contractual.

1. Naturaleza Jurídica de las Empresas Sociales del Estado (ESE)

Respecto del régimen y naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado (ESE), la Corte Constitucional ha explicado que (i) La ley 100 de 1993 creó el sistema

de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) Que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) Que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) Que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) Que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial; (vi) Que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) Que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades, y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica.

Por tanto, las ESEs "son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas". Dichas entidades tienen personería jurídica independiente, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente; y, por tanto, son sujetos de obligaciones y derechos (Sentencia C-171 de 07/03/12, expediente D-8666, M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

2. Tercerización en las Empresas Sociales del Estado (ESE)

El Artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, dispone que *"Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad"*

A su turno, el Artículo 103 *Ibidem*, señala que *"El personal misional permanente de las instituciones públicas Prestadoras de Servicios de Salud no podrá estar vinculado mediante la modalidad de cooperativas de trabajo asociado que hagan intermediación laboral, o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte sus derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes"*

La Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, declaró EXEQUIBLE CONDICIONADO lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, señalando que *"la contratación de servicios y la operación con terceros de las entidades estatales no está prohibida constitucionalmente, aunque sí limitada"*

La exequibilidad declarada, se vislumbra en el entendido de que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros ***solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la Empresa Social del Estado o cuando se requieran conocimientos especializados"***.

En este sentido, el Consejo de Estado en Sentencia de 19 de agosto de 2010 Rad. 11001032400020050007601 - nulidad Decreto 536 del 24 de febrero de 2004-determinó que *"las Empresas Sociales del Estado pueden desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros o la celebración de convenios con entidades públicas y privadas o a través de operadores externos..."*, *"(...) en Colombia, es innegable que la prestación de los servicios públicos no está reservada de manera exclusiva a los entes públicos"*.

Señaló igualmente, que "(...) De la simple lectura del precepto superior (Artículo 365 Constitución Nacional) emerge la convicción de que los servicios públicos no necesariamente deben ser prestados por el Estado en forma directa, siendo totalmente lícito acudir a otros mecanismos indirectos que hagan posible la participación de las comunidades organizadas y de los particulares en su prestación."

1 Artículo 365 C.N. "... Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios."

Conforme a la Jurisprudencia anterior, se puede señalar que el artículo 59 de la ley 1438 de 2011, permite la coordinación interinstitucional para la prestación efectiva del servicio público de salud, al disponer la contratación de las ESE con terceros (ESE de mayor nivel, entidades privadas y operadores externos, para la prestación de la salud). Por tanto, el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, es un desarrollo de lo dispuesto en el artículo 48 de la 3

Ahora respecto del silencio Administrativo,

Este se presenta cuando la administración hace caso omiso a resolver una solicitud elevada por una persona y puede ser negativo o positivo dependiendo las circunstancias, hay **silencio administrativo negativo** cuando transcurridos tres meses a partir de la solicitud no se ha notificado decisión alguna al interesado, cuando la ley establezca un término mayor a los tres meses para resolver la solicitud el silencio negativo se configura pasado un mes a partir de la fecha en que se debió resolver la solicitud o petición.

¿Cuándo se configura el silencio administrativo negativo?

Respecto al silencio administrativo positivo, **este solo se da en los casos expresamente señalados por la ley, por ejemplo la ley 1188 de 2008 en el artículo 3° inciso segundo.**

Cuando hay lugar al silencio administrativo positivo no solo es necesario que se configure dicho silencio, para que este pueda ser invocado por el interesado es necesario que se protocolice, dicha protocolización que se efectúa a través de escritura pública hace las veces de acto administrativo favorable de acuerdo con las pretensiones planteadas en la petición.

La configuración del silencio administrativo positivo genera un acto presunto en el cual se decide a favor del peticionario, dicho acto presunto lo prueba la escritura pública, que se elabora al presentar ante notario constancia o copia de la presentación de la petición y una declaración jurada en la que conste el hecho de no haber recibido notificación alguna de solución a la solicitud.

Es la escritura pública de protocolización del silencio administrativo positivo junto con sus anexos (constancia de la solicitud y declaración jurada) los documentos que generan los mismos efectos que un acto administrativo por ende las autoridades de conformidad con lo establecido en la ley 1437 de 2011 deberán acatar los derechos que por la decisión positiva se generen a favor del interesado.

En la situación que nos ocupa esto no ha ocurrido, la parte demandante se ha dedicado a solicitar que se tenga como silencio administrativo positivo el no haber resuelto de fondo una petición ocultándole al despacho lo ocurrido, por cuanto la petición si fue resuelta.

Respecto a los CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES:

El Estado debe realizar con particulares para la prestación del servicio público de salud, y el modelo de concurrencia privada en condiciones de libre competencia.

En este sentido, se está ante la presencia de una autorización general para contratar con las personas naturales o jurídicas de que trata la norma, autorización expresa que sin embargo no puede desconocer las disposiciones constitucionales, legales, y la jurisprudencia constitucional en la materia, en relación con los límites a la contratación por parte de las entidades estatales, tanto en relación con los principios que deben regir dicha contratación, la selección objetiva de los contratistas, y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que puedan desarrollar el personal de planta de la misma o que no requieran de conocimientos especializados.

1. Naturaleza Jurídica de las Empresas Sociales del Estado (ESE)

Respecto del régimen y naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado (ESE), la Corte Constitucional ha explicado que (i) La ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social y definió en el artículo 94 la naturaleza de las Empresas Sociales del Estado; (ii) Que el objeto de estas Empresas es la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado, o como parte del servicio público de seguridad social; (iii) Que estas Empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, creada por el Legislador en virtud de las facultades que le confiere el artículo 150, numeral 7; (iv) Que son entes que no pueden confundirse y se diferencian claramente de los establecimientos públicos, ya que la Ley 489 de 1998, al definir en el artículo 38 la integración de la rama ejecutiva del poder público, incluyó dentro de ésta a las Empresas Sociales del Estado, reconociéndoles una categoría diferente a la de los establecimientos públicos; (v) Que estas Empresas como nueva categoría de entidades descentralizadas y concebidas con un objeto específico definido por la propia ley, de conformidad con los propósitos constitucionales que mediante su existencia persigue el Legislador, se rigen por unas reglas y una normatividad especial; (vi) Que la Ley señala que estas entidades descentralizadas son creadas por la Nación o por las entidades territoriales para la prestación de servicios de salud, en forma directa; y (vii) Que es al Legislador a quien corresponde su creación, por la propia naturaleza de creación legal de estas entidades; y que igualmente se encuentra facultado ampliamente para determinar su estructura orgánica.

Por tanto, las ESEs "son una nueva categoría dentro del catálogo de entidades administrativas del orden descentralizado, que tienen naturaleza, características y especificidades propias, lo cual impide confundirlas con otro tipo de entidades públicas". Dichas entidades tienen personería jurídica independiente, autonomía administrativa y patrimonio propio e independiente; y, por tanto, son sujetos de obligaciones y derechos (Sentencia C-171 de 07/03/12, expediente D-8666, M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

OTROS FUNDAMENTOS JURIDICOS:

Respecto a la calidad de empleado público.

No existe discusión en cuanto a que para ostentar la calidad de empleado público es necesario cumplir las previsiones del artículo 122 de la Constitución, como son que el empleo se encuentre contemplado en la respectiva planta, que tenga asignadas funciones y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Adicionalmente se deben cumplir los presupuestos de ley: Nombramiento y Posesión. El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas. El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades

establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la "irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales", por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de 63 Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÍA BERTHA DÍAZ CORREA. 31 prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas". ii) Con fallo de 21 de octubre de 2009 (expediente 05001-23-31-000-2001-03454- 01)64, la subsección A de esta misma sección, contrario a lo determinado en la sentencia anterior, sostuvo que el reconocimiento de las correspondientes prestaciones sociales, el cómputo del tiempo servido para efectos pensionales y el pago de las respectivas cotizaciones

Respecto de la prescripción el Consejo de Estado en sentencia de unificación CE-SUJ2 NO. 5 DE 2016 deja clara la prescripción trienal de los derechos laborales y me permito transcribir el primer punto resolutorio " **FALLA:** 1.º Unifícase la jurisprudencia respecto de las controversias relacionadas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, en el sentido de que (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, el fenómeno prescriptivo no aplica frente a los aportes para pensión, (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; (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; (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; (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; y (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, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva. 2.º Unifícase la jurisprudencia en lo referente a que en las controversias ..."

En virtud de lo anterior propongo las siguientes,

EXCEPCIONES DE FONDO

PRIMERO: PRESCRIPCIÓN: El hecho de proponerla no significa que este admitiendo los hechos de la demanda, pero la misma consiste consistir en los fundamentos del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral, que afirma que los derechos laborales prescriben a los tres años, que se contarán desde que la perspectiva obligación se haya hecho exigible, como quiera que pueden existir derechos ya prescritos es necesario que el señor juez en el momento de dictar sentencia de fondo, analice los por menores, sobre los derechos prescritos.

Señor juez le ruego **DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, en el tiempo que corresponda, vuelvo y repito no acepto los hechos de demanda, pero si deben analizarse que alguno de los derechos que se reclaman, se encuentran prescritos ante la jurisdicción Contenciosa así los derechos que se reclamen sean derechos laborales para los cuales ya está decantado que el termino para reclamar es

el de los últimos tres años, y caducada la acción (nulidad y restablecimiento del derecho) frente a la jurisdicción Contenciosa administrativa.

SEGUNDO: COBRO DE LO NO DEBIDO: La hago consistir en el hecho que mi mandante no adeuda acreencias laborales a la demandante como quiera que ella jamás ha sido empleada del Hospital Francisco de Paula Santander para acceder a estos Derechos.

Igualmente, no se adeudan sumas de dinero por concepto de indemnizaciones e intereses en los términos del art.23 de la ley 100 del 1993 en razón a las teorías de buena fe, por ello debe declararse probada la excepción del pago de lo no debido.

CUARTA: EXCEPCIÓN DENOMINADA LA INNOMINADA. La que resulte probada dentro del proceso.

QUINTA: EXCEPCIÓN DENOMINADA COMPENSACIÓN. La hago consistir en el hecho de que si existen dineros que se cancelaron de más sean compensados en lo que resulte en contra de mi mandante, sin que esto signifique que se esté admitiendo deudas a favor del actor.

CON EL FIN DE DEMOSTRAR LOS HECHOS DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y LAS EXCEPCIONES DE FONDO FORMULO LAS SIGUIENTES PRUEBAS:

DOCUMENTALES:

- Copias de distintos contratos de prestación de servicios vigencia 2019, firmados por el Hospital Francisco de Paula Santander E.S.E. y el galeno especialista en ginecología RODRIGO ALBERTO ZAMORA ARRECHEA.

ANEXOS

Los enunciados en el acápite de pruebas y el poder que me otorga el Representante Legal y sus respectivos anexos.

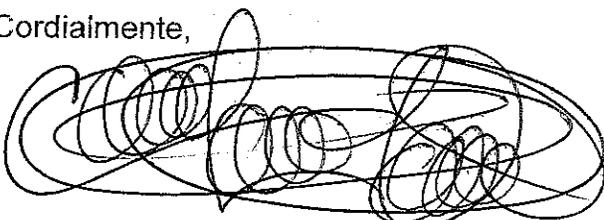
SOLICITUD ESPECIAL

1. Solicito señor Juez condenar el pago de las costas a la demandante una vez se decida de fondo la presente demanda.

NOTIFICACIONES Y DIRECCIONES

Las recibiré en la secretaría de su despacho o en la Carrera 9 No.2-92, teléfono: 8292423 Ext: 248, Cel: 3014913686, Correos Electrónicos: procesosjudiciales@hfps.gov.co y cj_alomia@hotmail.com, barrio el Centro del municipio de Santander de Quilichao.

Cordialmente,



CHRISTIAN JOHAN ALOMIA RIASCOS
C.C. No. 16.378.132 de Cali - Valle
T.P. No. 227.213 del C.S.J.