



## JUZGADO DECIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, veintiséis (26) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación : **150013333010-2019-00160-00**  
Demandante : EDITH CRISTINA PESCA MORENO  
Demandado : ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA  
Medio de control : NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Previo el agotamiento de las etapas procesales y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de la referencia de conformidad con los artículos 187 y siguientes del Código Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo.

### 1. ANTECEDENTES

#### 1.1. LA DEMANDA

##### a) Pretensiones

La parte actora pretende que se declare la nulidad del Oficio sin número de fecha 01 de marzo de 2019, emanado del HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCION) VALLE DE TENZA E.S.E., y suscrito por JOSE OMAR NIÑO CARREÑO, Gerente de dicha institución, en el cual se niega la solicitud de reconocimiento de la relación laboral.

Como consecuencia de lo anterior, se declare la existencia de una relación laboral entre **EDITH CRISTINA PESCA MORENO** y el **HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E**, dentro del tiempo comprendido entre el 20 de junio de 2017 y el 30 de noviembre de 2018, periodo en que se desempeñó como ESPECIALISTA EN MEDICINA INTERNA, vinculada a través de órdenes de prestación de servicios y/o simulados contratos de prestación de servicios.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que la entidad demandada pague los siguientes derechos:

1. PRIMA TECNICA PROFESIONAL.
2. PRIMA DE ANTIGÜEDAD.
3. HORAS EXTRAS
4. RECARGOS NOCTURNOS
5. DOMINICALES-FESTIVOS
6. PRIMA DE RIESGO
7. PRIMA TECNICA DE ANTIGÜEDAD
8. BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS
9. PRIMA SEMESTRAL
10. PRIMA DE VACACIONES
11. PRIMA DE NAVIDAD
12. BONIFICACION ESPECIAL DE RECREACIÓN

13. RECONOCIMIENTO POR PERMANENCIA
14. AUXILIO DE CESANTIAS
15. INTERESES SOBRE CESANTIAS
16. PRIMA DE SERVICIOS
17. SUELDO DE VACACIONES
18. INDEMNIZACION DE VACACIONES
19. PAGO DE COMPENSATORIOS.
20. DIFERENCIAS ENTRE SUELDOS PAGADOS Y LOS ASIGNADOS AL CARGO QUESE RECLAMA (a trabajo igual, salario (pago) igual).
21. SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL,
22. SALARIOS INSOLUTOS DEL AÑO 2018 (OCTUBRE Y NOVIEMBRE)

Y todas las demás a que haya lugar que no hubieren sido canceladas por la entidad y causadas durante el periodo comprendido entre el 20 de junio del año 2017 y hasta el 30 denoviembre del año 2018, derivadas de la relación laboral invocada, sin que se predique la prescripción extintiva de los derechos laborales.

Así mismo, solicita que se ordene a la demandada efectuar el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, por el tiempo de servicios prestados y al Fondo de Pensiones a efectos de proteger la expectativa pensional.

Ordenar reintegrar al actor, los dineros que se descontaron del salario por concepto de retención en la fuente y pagos que realizó la demandante a seguridad social y ARL.

Pretende que se le reconozcan intereses moratorios actualizados e indexados teniendo en cuenta la corrección monetaria, sobre cada uno de ellos frente a todos los valores reconocidos y que le cancelen la indemnización consagrada en la ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las cesantías.

Por último, solicita que le reintegren todos los valores cancelados por concepto de pólizas.

Que se condene a la demandada a darle cumplimiento a los artículos 187 inciso final, 192 y 195 del CPACA.

## **1. Hechos**

Como fundamentos fácticos, la demandante expone, en síntesis, lo siguiente:

1. La señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO, el 20 de junio de 2017, inició labores en el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., como ESPECIALISTA EN MEDICINA INTERNA, mediante los siguientes contratos de prestación de servicios:
  - CPS 115 -2017
  - CPS 139-2017.
  - CPS 201-2018.
  - CPS 022-2018.
2. La demandante laboró en el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., mediante varios contratos simulados como OPS, con salarios superiores a los DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (\$10.000.000).
3. Realizaba funciones directamente relacionadas con el funcionamiento y servicios ofertados del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE

TENZA E.S.E., como realizar consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos a los pacientes que acudían al HOSPITAL.

4. El HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., exigía a la demandante la disponibilidad en las noches y en los fines de semana, así como permanecer dentro de la institución hospitalaria durante un periodo no menor a 9 horas diarias, atender mínimo 12 pacientes diarios, 3 pacientes por hora y el resto del tiempo en disponibilidad permanente, incluyendo los fines de semana, cumplir con las funciones correspondientes a medicina interna y preventiva cuando la institución lo requiriera.
5. Sostiene que la demandante asistía por orden del Hospital a Juntas Quirúrgicas, Comités de infección, Comité de vigilancia epidemiológica, Comité de Farmacia y Terapéutica, Comité de Transfusiones, Comité de Historias Clínicas, Comité de Ética, Comité Técnico Científico, Caso Clínico, patológico o estudios de casos clínicos.
6. Señala que por más de 2 años, la señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO permaneció trabajando, en y para el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., siempre cumpliendo horario según agendas de trabajo y órdenes impartidas, presentaba informes mensuales de las labores que realizaba diariamente.
7. La demandada hacia pagos mensuales mediante transferencia a la cuenta de ahorros.
8. Sostiene que el 30 de noviembre del año 2018, finalizó la relación laboral; que todo el trabajo realizado corresponde directamente con el objeto social, labor misional, servicios ofertados y habilitados del HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA E.S.E.
9. Las labores ejecutadas por la actora son de carácter permanente en el HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA E.S.E., no son ni eran ocasionales, ni obedecieron a aumentos de producción o demanda temporales. Según el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud, establecido por el Ministerio de Salud, la demandada presta ininterrumpidamente servicios con Especialista en medicina interna, desde antes del año 2006.
10. Manifiesta que la demandante no contó con autonomía para desarrollar el trabajo de especialista en medicina interna, siempre tuvo que seguir las pautas, directrices y/u órdenes impartidas por la demandada mediante diferentes medios. Sostiene que la programación del servicio lo establecía la entidad demandada de manera unilateral y los elementos necesarios para que la demandante realizará su trabajo, fueron suministrados por la entidad demandada.
11. Por último, señala que el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., desde el primer día de creación, ha contratado personas naturales para desempeñar funciones públicas de manera permanente, desde el 01 de enero del año 2005, para poder cumplir la misión asignada normativamente

### **Fundamentos Jurídicos.**

Considera vulnerados el preámbulo de la Constitución Política, artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209 inciso 4º del artículo 2º del Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 209 del Decreto 1950 de 1.973; numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; artículos 1 y 2 de la Ley 909 de 2004; artículos 10 y 102 de la ley 1437 de 2011; artículos 59 y 103 de la ley 1438 de 2011 decreto 1335 de 1990 (junio 23) diario oficial no. 39.450 del 4 de julio de 1990 por el cual se expide parcialmente

el manual general de funciones y requisitos del subsector oficial del sector salud; directivas y circulares de orden nacional y manual de funciones.

Sostiene que la expedición del acto administrativo contenido en el oficio fechado el 01 de marzo de 2019, y suscrito por el Gerente del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, permite establecer que la entidad demandada se apartó de las normas legales que debieron sustentar la expedición del acto administrativo, haciendo nugatorios los derechos laborales de la demandante, pues al darse en realidad los elementos estructurales del contrato de trabajo, así lo ha debido reconocer y al negar la supremacía de la realidad sobre las formalidades, vulnera de contera los principios que rigen la administración pública.

Manifiesta que el oficio del cual se depreca la nulidad, es contrario al preámbulo de nuestra Constitución Nacional, pues claramente no cumple los postulados allí inmersos como el respeto al trabajo y la justicia, porque ha sido expedido con desvío de poder y falsa motivación.

Concluye que la señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO, desde la fecha de vinculación con el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E. – y que data desde el año 2017, siempre fue una funcionaria que cumplió con sus deberes, órdenes, horarios y demás como servidora pública, a pesar del trato desigual de que ha sido objeto por parte de los agentes de la Institución denominada HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCION) VALLE DE TENZA E.S.E., en franca contradicción con la Ley y la Constitución Nacional.

## **1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fls. 952-971)**

Señaló la demandada, que se opone a todas y cada una de las pretensiones, en el sentido que se declare la nulidad del Oficio del 01 de marzo de 2019 emanado del Hospital Regional Valle de Tenza, así mismo, se opone a que se reconozca y/o declare que entre el Hospital Regional Valle de Tenza y la señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO, existió una verdadera relación laboral dentro del tiempo comprendido entre el 20 de junio de 2017 y el 30 de noviembre de 2018, periodo en que la demandante se desempeñó como médico especialista en medicina Interna, vinculada a través de órdenes de prestación de servicios.

Fue enfático en señalar que entre la demandante y la entidad demandada, no existió relación laboral alguna, toda vez que, como se encuentra debidamente probado, lo único que existía entre la ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA y la Dra. EDITH CRISTINA PESCA MORENO, eran contratos de prestación de servicios profesionales como médica especialista en medicina interna, regidos por Ley 80 de 1993 y donde se pactaron honorarios por la prestación de servicios profesionales.

Considera que no se configuran los elementos constitutivos de una relación laboral, teniendo en cuenta que se trataba de una entidad pública y que los únicos que pueden estar vinculados por contrato de trabajo, de acuerdo con la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, son los denominados trabajadores oficiales, que de acuerdo a lo establecido en el Art.26 de la ley 10 de 1990 para el sector salud, son los trabajadores de sostenimiento y mantenimiento del Hospital, servicios generales, hortelanos, conductores y celadores, sin que la Dra. EDITH CRISTINA PESCA MORENO, por ser médica especialista, se pueda enmarcar por el factor funcional dentro de esta clasificación, que dicho sea de paso se rige por la ley 6 de 1945 y sus decretos reglamentarios.

No se puede afirmar que haya existido un contrato de trabajo, cuando legalmente no es posible para una entidad pública suscribirlo con personal distinto a los trabajadores oficiales. Aduce que, revisados los archivos, tampoco ha existido un vínculo legal y reglamentario como empleada pública, pues no reposa acto administrativo de nombramiento dentro de la planta de personal de

la ESE Hospital Regional Valle de Tenza, y lo único que existió fueron contratos de prestación de servicios profesionales regidos por Ley 80 de 1993.

Manifiesta que la ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, no debe asumir el pago de unos valores que no adeuda a la demandante, ya que se cancelaron la totalidad de los honorarios por concepto de prestación de servicios profesionales a la Dra. EDITH CRISTINA PESCA MORENO.

Así mismo y como colorarlo de lo anteriormente expuesto, aduce que la ESE lo único que hizo fue contratar a la Dra. EDITH CRSITINA PESCA MORENO, para garantizar la prestación del servicio público de salud en el Municipio de Guateque y su área de influencia, es decir, de forma alguna se estaban trasgrediendo las disposiciones legales vigentes, y por el contrario, lo que ha hecho la ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, es acudir a un mecanismo legal para la celebración de contratos de prestación de servicios profesionales de carácter administrativo.

Propuso las siguientes excepciones:

**1. Falta de legitimación en la casusa por pasiva:**

Sustenta esta excepción, en el hecho que no existió relación laboral alguna entre la ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA y la señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO, toda vez que no está probada la subordinación, pago de salarios y la prestación del servicio directamente por parte de la ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA, pues lo que está acreditado es que se suscribieron contratos de prestación de servicios profesionales entre la Dra. EDITH CRISTINA PESCA MORENO y la ESE HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA.

Que como consecuencia de lo anterior, es claro que no existe relación laboral alguna, contrato de trabajo ni vinculo legal y reglamentario entre la ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA y la Dra. EDITH CRISTINA PESCA MORENO, por lo que la entidad hospitalaria no puede ser sujeto pasivo de la demanda, toda vez que no se encuentra demostrada la existencia de un contrato de trabajo entre las partes.

**2. Falta de causa legal para promover la acción.**

Sostiene entre la parte actora y la demandada no ha existido contrato laboral, ni vínculo contractual, menos aún relación legal y reglamentaria, razón por la cual no se adeudan las acreencias laborales que reclama la demandante, y como tampoco que el Hospital deba pagar a la demandante la indemnización y demás emolumentos solicitados.

Indica que no es posible que se pretenda por parte del Libelista, que a la demandante se le otorgue el status de empleada publica, ya que dentro de la planta de personal del Hospital no se encuentra creado el cargo de Médico Internista, de conformidad con lo preceptuado en la Ley 909 de 2004 y sus decretos reglamentarios.

**3. El oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un Acto Administrativo.**

Sostiene que el oficio acusado ante la jurisdicción, por sí solo, no decide en el fondo ni produce efectos jurídicos, por lo que habrá de calificarse conforme a lo dicho, como acto de trámite, por no poner fin a una actuación administrativa ni hacer posible su continuación. En ese orden de ideas, el oficio objeto de impugnación no constituye propiamente un acto administrativo, ya que

se trata de una respuesta a una petición elevada por el demandante a la Gerencia del Hospital Regional Valle de Tenza.

#### **4. Cobro de lo no debido.**

Indica que, de acuerdo con los reportes entregados dentro de la ejecución de los contratos suscritos entre EDITH CRISTINA PESCA MORENO y la ESE HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA, cancelaron todos y cada uno de los valores pactados como honorarios dentro de los contratos de prestación de servicios profesionales, durante el tiempo que prestó sus servicios profesionales como Medica Internista en la ESE Hospital regional Valle de Tenza, por lo que no se adeuda valor alguno por los conceptos allí reclamados

Así mismo, señala que la ESE Hospital regional valle de Tenza, no tenía la obligación de hacer aportes por concepto de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales que la Dra. EDITH CRISTINA PESCA, en su condición de contratista debía realizar, supuestamente dejados de pagar durante la vigencia de los contratos de servicios profesionales que suscribió con la ESE HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA.

#### **5. Inexistencia del contrato de trabajo o de relación laboral.**

Manifiesta que los únicos contratos de prestación de servicios profesionales, suscritos entre la ESE HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA y la Dra. EDITH CRISTINA PESCA MORENO, fueron los distinguidos con los números No.115-2017, 139-2017, 201-2017, 022-2018, en los cuales únicamente se pactó el pago de honorarios por prestación de servicio como médico internista pero no suscribieron contratos de trabajo, por lo que no puede haber lugar al reconocimiento y pago de prestaciones sociales a la demandante, y que para la época de los hechos no se configuró relación laboral alguna de acuerdo con la jurisprudencia y la ley vigente.

### **1.2. TRÁMITE DEL PROCESO**

La demanda fue radicada el 27 de agosto de 2019 (fl.101), este despacho judicial mediante providencia proferida el 19 de septiembre de 2019, declaró la carencia de competencia por el factor cuantía y ordenó remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá (fl.103).

El Tribunal Administrativo de Boyacá, inadmitió la demanda mediante providencia del 15 de octubre de 2019 (fl. 110-114), la cual fue subsanada en termino como se evidencia a folio (116-127), y mediante providencia del 26 de noviembre del mismo año, la corporación dispuso devolver el expediente a este despacho judicial por ser competente (fl. 130 -133)

A través de providencia del 12 de febrero de 2020, se obedeció y cumplió lo dispuesto por el Tribunal Administrativo y a su vez se admitió la demanda (fl. 139), la entidad demandada contestó oportunamente la misma (fls. 147-170). La demandante reformó la demanda frente a la solicitud y aporte de pruebas, mediante escrito visto a folios (271-272), reforma que fue admitida mediante providencia del 23 de octubre de 2020 (fl.280)

El traslado de las excepciones se surtió a través de Secretaría (fl. 294), mediante providencia del 18 de febrero de 2021, el despacho negó la excepción previa denominada “el oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo”, propuesta por la ESE HOSPITAL REGIONAL VALLE DE TENZA (fl. 313-315) .

El 8 de junio de 2021, se llevó a cabo la audiencia inicial (fls.329), en la que se fijó el litigio y se decretaron las pruebas solicitadas.

El 31 de agosto de 2021, se celebró la audiencia de pruebas (fls. 359), en la cual se recaudaron las pruebas decretadas, y en la misma se prescindió de la audiencia de alegatos y juzgamiento, corriéndose traslado para alegar de conclusión.

### **1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **ESE Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza (fls. 365-370):**

Se opone nuevamente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, por considerar que, de los documentos que reposan en el Hospital, se colige que el vínculo con la demandante fue de carácter contractual para la prestación de servicios profesionales, y no a través de contrato de trabajo, anotando que la demandante en la libre manifestación de su voluntad, aprobó los acuerdos pactados entre ella y el Hospital Regional Valle de Tenza, sin que se hubiese establecido dentro del contrato pago de salarios sino de honorarios por concepto de servicios profesionales, regidos por la Ley 80 de 1993.

Destaca que en el asunto concreto no se configuran los elementos para declararse una relación laboral y que los servicios profesionales contratados con la demandante, incluían: i). la atención de los pacientes y el seguimiento de los mismos de acuerdo con cada patología, ii). Coordinar con el personal médico y paramédico del Hospital la atención de los pacientes, iii). Diligenciamiento de la Historia Clínica del paciente iv). Presentar el correspondiente informe al supervisor del contrato para avalar el pago de los servicios profesionales contratados, entre otras obligaciones

Sostiene que con las pruebas documentales aportadas con la demanda, no se logra probar efectivamente: i). La jornada laboral cumplida por la demandante. ii). Los dominicales y festivos efectivamente laborados. iii). El trabajo extra efectivamente prestado, y iv). Órdenes directas impartidas, toda vez que los contratistas son autónomos para la atención de los pacientes de acuerdo con las necesidades que requiere cada uno de ellos.

Indica que, conforme a la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios o rendir informes al respecto, no configura una relación de subordinación continuada, sino que se trata de hechos que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración, para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

Resaltó que, de conformidad con la respuesta dada por una de las testigos, la señora demandante no recibía órdenes por parte de ningún funcionario del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza. (Min 29:30-29:49 audiencia de pruebas), lo cual ratificó la testigo, al señalar que nunca observó ningún tipo de llamado de atención a la demandante (Min 30:05 audiencia de pruebas) así como por la testigo señora Micsy Chaparro (Min 1:37:14), aunado a lo manifestado por la misma demandante (Min 1:00:40 – 1:00:47) cuando señaló que nunca recibió ningún tipo de amonestación o llamado de atención, lo cual en criterio de la defensa, demuestra sin lugar a dudas que la demandante contaba con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones y no se presentaba subordinación alguna.

Manifestó que, respecto a los implementos suministrados por el hospital a la demandante, ésta última señaló en su declaración que contaba con fonendoscopio propio, batas y vestimenta propia y señaló que nunca recibió dotación del hospital (Minuto 52:44 – 53:13 audiencia de prueba).

Arguye que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la parte actora, por no cumplirse los presupuestos de la relación laboral, en lo que tiene que ver con la Empresa Social del Estado Hospital Regional Segundo Nivel de Atención de Valle de Tenza, toda vez que dio cumplimiento

a cada una de las cláusulas contractuales pactadas en los diferentes Contratos de Prestación de Servicios suscritos con la demandante.

En consecuencia, no existe obligación alguna a cargo de la mencionada entidad respecto del reconocimiento y pago solicitado en el libelo demandatorio. Finalmente, señala que la E.S.E., en relación con la demandante, siempre actuó de buena fe por cuanto en el vínculo contractual se le canceló la totalidad de honorarios pactados entre la demandante y Hospital, así como se le respetó su autonomía en el desarrollo de las actividades contratadas.

**Parte demandante:** Guardó silencio.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1. Problema Jurídico:

En el presente asunto, el Juzgado debe establecer si hay lugar a declarar la nulidad del oficio de fecha 1 de marzo de 2019, emanado del Hospital Regional Segundo Nivel de Valle de Tenza, en el cual se negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral a favor de la señora Edith Cristina Pesca Moreno; en caso afirmativo, deberá establecer el despacho si hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral en ejecución de los Contratos de Prestación de Servicios celebrados en el periodo de tiempo transcurrido entre el 20 de junio de 2017 al 30 de noviembre de 2018, ello a título de restablecimiento del derecho.

Igualmente, se deberá establecer si hay lugar a que se declare que la vinculación de la demandante era de carácter indefinido; si tiene derecho al reconocimiento y pago de derechos laborales, salariales, prestacionales e indemnizatorios; al reconocimiento de aportes para salud y pensiones y demás conceptos que se reclaman en la demanda.

### 2.2 Marco normativo y jurisprudencial:

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

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

*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”.*

De lo anterior se colige que dicha modalidad contractual es de carácter excepcional, y tiene como objeto principal suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta, de allí que resulte improcedente su perfeccionamiento para desempeñar funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la Ley o el reglamento para un empleo público.

No obstante, ante la impropia utilización de esta tipología contractual por algunas entidades públicas, con el propósito de disfrazar las verdaderas relaciones laborales bajo la apariencia del



contrato de prestación de servicios, la jurisprudencia en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades estatuido en el artículo 53 de la Constitución Política, en reiteradas oportunidades ha reconocido la existencia del contrato de trabajo cuando se reúnen los elementos para su configuración, sin importar la formalidad contractual a la que se hubiere acudido.

Uno de los más importantes pronunciamientos de la Corte Constitucional, se encuentra en la sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara, porque allí precisó el contenido y alcance del elemento denominado “subordinación” que constituye se constituye en requisito primordial de distinción entre los contratos de trabajo y los pactados bajo la modalidad de prestación de servicios.

Al respecto, discurrió en estos términos la Corporación:

*«...Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.*

*En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales ; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho 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<sup>1</sup>». (Negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, sobre la prohibición de contratar bajo la figura de prestación de servicios, el cumplimiento de funciones permanentes de las entidades Estatales, encontramos el siguiente aparte regulado por el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 (modificado por el Decreto 3074 del mismo año), “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil*”, que fue demandado en acción pública de inconstitucionalidad:

*“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.*

*Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de*

<sup>1</sup>Corte Constitucional, Sentencia C – 174 de 19 de marzo de 1997, Magistrado Ponente: HERNANDO HERRERA VERGARA.

*ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.*

**Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones” (Resalta el despacho).**

Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, bajo las siguientes consideraciones:

*“...La primera, los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho.*

*La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:*

*La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que, sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios. Son estos: i) **Criterio funcional**, esto es, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral; ii) **Criterio de igualdad**: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudirse a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública; iii) **Criterio temporal o de la habitualidad**: si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; iv) **Criterio de la excepcionalidad**: si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudirse a la contratación pública; pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual; v) **Criterio de la continuidad**: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral.*

*“...el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, **que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad**, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera **que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos**” (negrilla fuera de texto)*

De conformidad con los anteriores fundamentos normativos y jurisprudenciales, el contrato de prestación de servicios se desfigura y entraña una verdadera relación laboral, cuando se demuestra la concurrencia de sus tres elementos constitutivos, a saber: **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la subordinación; y **iii)** la remuneración correspondiente.

Conviene precisar que la declaratoria del contrato realidad no conlleva, *per se*, la adquisición del *status* de empleado público, dado que para ello es indispensable que concurren los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión en el cargo.

### 3.1.- La subordinación y su diferencia con la coordinación de actividades

La subordinación es el elemento diferencial para determinar la existencia de una relación laboral, la cual no se configura cuando se está en presencia de la necesaria coordinación de actividades que debe existir entre la entidad contratante y contratista para el cumplimiento del objeto de los contratos de prestación de servicios, como bien lo ha señalado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, al precisar esta distinción en los siguientes términos:

*“... la subordinación...se refiere, en términos generales, a que le exijan al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos.*

*Ahora bien, al analizar la subordinación, debe mirarse si se está en presencia de ella realmente o si por el contrario se da la coordinación necesaria que debe existir para el cumplimiento del contrato suscrito, caso en el cual no puede considerarse la existencia de una relación laboral<sup>2</sup>.*

*Adicionalmente, la jurisprudencia de esta corporación<sup>3</sup> ha definido que además de las exigencias citadas, le corresponde a la parte actora demostrar **la permanencia en el servicio, y para ello debe acreditar que la labor que desarrolló es inherente a la entidad y que existe similitud o igualdad en las funciones de otros empleados de planta.***

*En resumen, para desvirtuar el contrato de prestación de servicios y demostrar que existe una relación de carácter laboral es menester acreditar: (i) la prestación personal del servicio; (ii) que el mismo sea remunerado; (iii) la existencia de la subordinación, y; (iv) el carácter permanente del cargo ocupado<sup>4</sup> (negrilla y subrayado fuera de texto).*

### 3.2.- Sentencia de Unificación SU2 No.005 de 2016

La Sección Segunda del H. Consejo de Estado, en sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente SUJ2 No.005/16, con ponencia del magistrado Carmelo Perdomo Cuéter, unificó su jurisprudencia en lo relacionado con la forma como deben ser reconocidas las prestaciones sociales y salariales de aquellos empleados que demuestran la configuración de una verdadera relación laboral.

En primer lugar, reiteró la diferenciación entre subordinación y la coordinación de actividades, indicando que la teoría del contrato realidad:

*«...aplica cuando se constata en juicio la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño **que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos**, para configurar dependencia y subordinación propia de las relaciones laborales» (negrilla fuera de texto).*

<sup>2</sup> Posición fijada en la decisión de la Sala Plena de esta Corporación del 18 de noviembre de 2003, Radicado IJ-0039, actora: María Zulay Ramírez Orozco.

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicado: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11). Actor: Eduardo Niño Paredes. Demandado: Municipio de Yaguara, Huila

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 28 de febrero de 2020. Radicado: 25000-23-25-000-2011-00741-01(1280-18), C.P. William Hernández Gómez.

Con respecto a la forma de restablecer el derecho en este tipo de controversias jurisdiccionales, la Corporación unificó su criterio de la siguiente manera:

*“[...] resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que **el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.***

*Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.*

*Pero lo anterior no es óbice para que la persona (demandante) reclame el pago de los perjuicios que estime le fueron causados por el acto presuntamente ilegal, pues en virtud del artículo 138 del CPACA “Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; **también podrá solicitar que se le repare el daño**”, sin embargo, aquellos deben acreditarse a través de los medios probatorios que el sistema normativo prevé.*

*Ahora bien, en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta, pues los docentes oficiales se encuentran inscritos en el escalafón nacional docente que implica remuneraciones diferenciadas según el grado en el que estén<sup>5</sup> (negrilla fuera de texto).*

Asimismo, el órgano de cierre de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fijó las siguientes sub- reglas jurisprudenciales en torno a la prescripción en este tipo de escenarios, orientado por una interpretación favorable al trabajador, como se observa en este pronunciamiento:

*“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.*

*i) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*

<sup>5</sup> Decreto 2277 de 1979, “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente”, artículo 36: “Derechos de los educadores. Los educadores al servicio oficial gozarán de los siguientes derechos:

(...)

b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón;

(...)”:

iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).

v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

viii) El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho.

ix) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.”

Así mismo, en reciente sentencia de unificación, el Consejo de Estado<sup>6</sup> fijó sub-reglas jurisprudenciales aplicables en las controversias que versen sobre las relaciones laborales encubiertas o subyacentes a los contratos de prestación de servicios profesionales, en los siguientes términos:

**“Síntesis de las reglas objeto de unificación**

**(i) La primera regla** define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

**(ii) La segunda regla** establece un **periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad**, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

**(iii) La tercera regla** determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal.”

<sup>6</sup> **Sentencia de unificación por importancia jurídica** Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) **Asunto:** SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONFORME AL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011 **Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho **Radicado:** 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

## 2.2.2. Los contratos de prestación de servicios en el área de la salud

Aun cuando la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado la procedencia de *la contratación en el área de la salud como forma para la prestación de los servicios asistenciales*, ello no se opone a que, demostradas las condiciones en las que emerge una relación laboral, puede declararse su existencia en garantía del principio de primacía de la realidad sobre las formas.

*En ese aspecto de manera puntual ha indicado el Consejo de Estado<sup>7</sup>:*

*“...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 ciertos servicios médicos -entratándose 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, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud,<sup>8</sup> y los artículos 21 y 27 del Decreto 1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud (...)”*

De manera posterior, reiteró<sup>9</sup>:

*“Finalmente, no obstante lo esbozado, aprecia la Sala conveniente reiterar jurisprudencia en cuanto al tratamiento que se le ha dado a la figura del contrato realidad, de cara a los contratos de prestación de servicios vinculados al sector salud y, para ello, basta transliterar por su claridad lo que en uno de los tantos pronunciamientos ha estimado el Consejo de Estado, verbigracia, en la sentencia del 4 de marzo de 2010<sup>10</sup>, donde hace las siguientes consideraciones: “En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Ordenes 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 manera que en atención a los conocimientos especializados 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 de los mismos, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados.<sup>11</sup>”*

*Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud,<sup>12</sup> **la especialidad de que se revisten los servicios Médicos -entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de***

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección “A”, CP. Dr. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, sentencia de 18 de mayo de 2011, exp:0056-10

<sup>8</sup> Decreto 1335 de 1990. Artículo 3o. DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MINIMOS. Establéense para los diferentes empleos contemplados en los planes de cargos de los diferentes organismos del Subsector Oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, las siguientes denominaciones de cargos, naturaleza de las funciones, funciones y requisitos mínimos: (...)-

<sup>9</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, CP.Dr. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, sentencia de 9 de abril de 2014, exp.:0171-12

<sup>10</sup> Consejo de Estado Sección Segunda, Subsección A, radicado interno 1413-08, CP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. En el mismo sentido se puede consultar sentencia del 1° de marzo de 2012, radicado interno 0681-2012, del mismo Consejero.

<sup>11</sup> Cita en sentencia: “Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02. Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>12</sup> Cita en sentencia: LEY 10 DE 1990. ARTICULO 6o. RESPONSABILIDADES EN LA DIRECCION Y PRESTACION DE SERVICIOS DE SALUD. (...) PARAGRAFO. Todas las entidades públicas a que se refiere el presente artículo, concurrirán a la financiación de los servicios de salud con sus recursos propios y con los recursos fiscales de que trata el Capítulo V de esta Ley, **puediendo prestar los servicios de salud mediante contratos celebrados para el efecto**, con funciones o instituciones de utilidad común, corporaciones o asociaciones, sin ánimo de lucro, las entidades de que trata el artículo 22 de la Ley 11 de 1986 o, en general, **con otras entidades públicas o personas privadas jurídicas o naturales que presten servicios de salud**, en los términos del Capítulo III de la presente Ley. (resalta la Sala)

**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, desde luego, cuando a ello haya lugar, más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.**

*Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.*

*Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, **como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.**” – destacados originales -*

Decantados los precedentes jurisprudenciales en relación con la existencia de verdaderas relaciones laborales derivadas de la vinculación de personas a la administración, a través de contratos de prestación de servicios, se procederá a realizar el respectivo análisis probatorio con el fin de determinar si a la actora le asiste el derecho a reclamar las prestaciones sociales derivadas de su vinculación con la ESE Hospital Regional Valle de Tenza.

### 3. Del acervo probatorio:

#### 3.1 Documentales:

La Señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO, allegó con la demanda las siguientes pruebas documentales (fls. 15-100):

1. Derecho de Petición radicado ante el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., vía correo certificado (interrapidísimo), con fecha 19 de febrero de 2019, solicitando el reconocimiento y pago de los derechos laborales de la Señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO. (fl. 18-20).
2. Oficio sin número de fecha 01 de marzo de 2019, con Referencia: RESPUESTA A DERECHO DE PETICIÓN DEL 19 DE FEBRERO DE 2019. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA LABORAL, suscrito por el DR. JOSE OMAR NIÑO CARREÑO, Gerente del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., fechado el 01 de marzo de 2019, mediante el cual negó las pretensiones solicitadas. (fl.21-23).
3. Derecho de Petición radicado ante el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E., con fecha 20 de marzo de 2019 (fl. 25).
4. Oficio número GHRVT 116-2019, con fecha 05 de abril de 2019, con Referencia: RESPUESTA A DERECHO DE PETICIÓN DEL 20 DE MARZO, suscrito por el DR. JOSE OMAR NIÑO CARREÑO, Gerente del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E. (fl. 26-46).

5. CERTIFICACIÓN expedida el 21 de junio de 2018, por el Subgerente de Prestación de Servicios del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E. (fl. 47).
  6. CERTIFICACIÓN expedida el 13 de noviembre de 2018, por el Subgerente de Prestación de Servicios del HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCION VALLE DE TENZA E.S.E. (fl. 48-49).
  7. Circular Interna G – 0004. 8. Informe de actividades mensuales de la dra. Pesca Moreno. (fl.50)
  8. Valores pagados a médico general de planta de la E.S.E. Hospital Regional Valle de Tenza. (fl. 53)
  9. Planillas de pago seguridad social, comprobantes de liquidación planillas PILA, (16) folios. (fl. 54-70)
  10. Contratos de prestación de servicios, otros si, prorrogas y adiciones (16) folios (fl. 73-92)
- Con la contestación de la demanda, se allegaron las siguientes pruebas documentales:
    1. Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No.115-2017 suscrito entre el Hospital Regional Valle de Tenza y EDITH CRISTINA PESCA MORENO (fl. 200-215)
    2. Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No.139-2017 suscrito entre el Hospital Regional Valle de Tenza y EDITH CRISTINA PESCA MORENO (fl. 216-225)
    3. Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No.201-2017 suscrito entre el Hospital Regional Valle de Tenza y EDITH CRISTINA PESCA MORENO (fl.. 172-181)
    4. Copia del Contrato de Prestación de Servicios Profesionales No.022-2018 suscrito entre el Hospital Regional Valle de Tenza y EDITH CRISTINA PESCA MORENO (182-199)
    5. Fotocopia comprobante de Egreso No.055 del 13/02/2018, por medio del cual se le realizó el pago de la suma de \$12.129.030, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de enero de 2018 (fl. 229-268).
    6. Fotocopia comprobante de Egreso No.112 del 07 de marzo de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$15.870.000, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de febrero de 2018 (fl. 229-268).
    7. Fotocopia comprobante de Egreso No.216 de 12 de abril de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.710.320, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de marzo de 2018 (fl. 229-268).
    8. Fotocopia comprobante de Egreso No.326 del 16 de mayo de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.710.320, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de abril de 2018 (fl. 229-268)
    9. Fotocopia comprobante de Egreso No.448 del 18 de junio de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.710.320, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de mayo de 2018 (fl. 229-268)
    10. Fotocopia comprobante de Egreso No.525 del 11 de julio de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.710.320, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de junio de 2018 (fl. 229-268)



11. Fotocopia comprobante de Egreso No.632 del 15 de agosto de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.710.320, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de julio de 2018 (fl. 229-268)
  12. Fotocopia comprobante de Egreso No.758 del 12 de septiembre de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.710.320, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de agosto de 2018 (fl. 229-268)
  13. Fotocopia comprobante de Egreso No.866 del 52 de octubre de 2018, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.710.320, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de septiembre de 2018 (fl. 229-268)
  14. Fotocopia comprobante de Egreso No.328 del 28 de abril de 2020, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$22.875.990, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios de los meses de octubre y noviembre de 2018(fl. 229-268)
  15. Fotocopia comprobante de Egreso No.624 del 14 de agosto de 2017, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$5.066.333, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de junio de 2017 (fl. 229-268)
  16. Fotocopia comprobante de Egreso No.666 del 28 de agosto de 2017, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.560.000, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de julio de 2017 (fl. 229-268)
  17. Fotocopia comprobante de Egreso No.713 del 14 de septiembre de 2017, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.561.000, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de agosto de 2017 (fl. 229-268)
  18. Fotocopia comprobante de Egreso No.790 del 12 de octubre de 2017, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.561.000, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de septiembre de 2017 (fl. 229-268)
  19. Fotocopia comprobante de Egreso No.883 del 10 de noviembre de 2017, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.561.000, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de octubre de 2017 (fl. 229-268)
  20. Fotocopia comprobante de Egreso No.995 del 13 de diciembre de 2017, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.561.000, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de noviembre de 2017 (fl. 229-268)
  21. Fotocopia comprobante de Egreso No.1091 del 29 de diciembre de 2017, por medio del cual se le realizo el pago de la suma de \$13.561.000, por parte del Hospital Regional Valle de Tenza a EDITH CRISTINA PESCA MORENO, correspondiente a los honorarios del mes de diciembre de 2017 (fl. 239-248)
  22. Fotocopia de la Circular Conjunta del Ministerio de Trabajo y del Ministerio de Salud y de la Protección Social del 22 de marzo de 2012, con radicación N°.00448 y N°.042578 suscrita por el Dr. Rafael Pardo Rueda Ministro del Trabajo y la Dra. Beatriz Londoño de Soto Ministra de Salud y de la Protección Social
- Con la reforma de la demanda se allegó:
    1. Solicitud de Información y/o documentos públicos, radicada ante la Entidad demandada vía correo electrónico el día 11 de septiembre de 2020.(273-274)

2. PDF de pantallazo de mensaje de correo electrónico de fecha 11 de septiembre de 2020. (fl.275)
  3. Pantallazo de correo electrónico por el cual se envía a la E.S.E. HOSPITAL VALLE DE TENZA, solicitud de información. (fl.276)
  4. Circular Conjunta 05 de 2011 del Ministerio de Trabajo y Departamento Administrativo de la Función Pública. (fl.277)
  5. Circular 0065 del 20 de diciembre de 2011 emanada del Ministerio de Trabajo. (fl. 278-279)
- El apoderado de la parte actora, allega el 18 de febrero de 2021 (305-308) la respuesta al derecho de petición elevado ante la entidad demandada; remitiendo un total de 33 documentos en PDF, que se encuentra en el expediente digital, carpeta denominada (anexos de respuesta) y contiene un total de 121 folios.
  - Informes presentados y suscritos por el supervisor de los contratos celebrados entre EDITH CRISTINA PESCA MORENO y el HOSPITAL REGIONAL SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN VALLE DE TENZA E.S.E.
  - Copia de estudios de cargas laborales, proyectos de restructuración o de ampliación de planta de personal, realizados entre el 01 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2020.
  - Copia de los procesos y subprocesos de medicina interna existente en la entidad, entre el 01 de enero de 2010 y el 31 de julio de 2019.
  - Copia de la autoevaluación realizada para ofertar el servicio de medicina interna, durante cuántos años el Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza E.S.E lo ha ofertado y prestado.
  - Copia de estudios de planta y de las Actas de Juntas Directivas en las que hayan tratado el tema.
  - Copia de las constancias suscritas por el supervisor de los contratos celebrados entre EDITH CRISTINA PESCA MORENO y el Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza E.S.E.
  - Copia de los protocolos de medicina interna, vigentes entre el 01 de enero de 2015 y 31 de diciembre de 2020 13.Expedir copia de la programación de turnos elaboradas por la Subgerente Científica del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza E.S.E, vigentes entre el 01 de enero de 2015 y 31 de diciembre de 2020.
  - Expediente administrativo contractual de la señora Edith Cristina Pesca (Archivo 79 carpeta folio 339), que contiene la siguiente documentación:
    - Soportes contractuales 2017 2018
    - Hoja de vida demandante 2017 y 2018
    - Cuadro de turnos
    - Contratos: - PS 201 2017 noviembre y diciembre
    - Contratos PS 139 2017 agosto octubre
    - Contratos PS 115 2017 junio y julio
    - Contratos PS 22 2018, adición, 1 y adición 2 (enero –agosto, septiembre- octubre y Noviembre 1-16)
    - Soportes de pagos
    - Certificación acerca de que no cuentan con libros de registros, ni dispositivos de entrada y salida.

- Informe bajo la gravedad de juramento suscrito por Gloria Yaneth Manrique Abril, representante legal de la E.S.E demandada (folio 337 a 338)
- Oficio remitido por FAMISANAR, señalando que la señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO, identificada con cédula de Ciudadanía 46317669, no se encuentra registrada en la plataforma de información como afiliada de E.P.S. FAMISANAR SAS, por lo tanto, no es posible suministrar la información solicitada. (fl. 343-344)

### 3.2. INTERROGATORIO DE PARTE DE LA DEMANDANTE, señora Edith Cristina Pesca Moreno (min 32:02 – 1:02:15)

### 3.3. TESTIMONIALES:

- ANGI CAROLINA LESMES(min 5:02- 27:02)
- MICSY ALLDARA COPASACHOA CHAPARRO (min 1:16:02-:1:43:27).

## 4. Análisis de la relación contractual en el caso concreto.

En el caso concreto, para determinar si efectivamente se encubrió a través de contratos de prestación de servicios una relación laboral, deben analizarse si se cumplen los elementos de: i) prestación personal del servicio, ii) la remuneración y iii) la subordinación o dependencia.

En primer lugar, al revisar el acervo probatorio obrante en el expediente, se elaboró el siguiente cuadro contentivo de los 16 contratos de prestación de servicios celebrados con la accionante:

Contrato de prestación de servicios	Fecha de inicio	Fecha de terminación	Honorarios	objeto	Fls.
CPS 115 DE 2017	20 de junio de 2017	31 de julio de 2017	\$21.333.333	Prestación de servicios como profesional en la especialidad de medicina interna, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha especialidad, a los pacientes que acuden al Hospital Valle de Tenza , prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.	73-80
CPS 139 DE 2017	01 de agosto de 2017	31 de octubre de 2017	\$48.000.000	Prestación de servicios como profesional en la especialidad de medicina interna, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha especialidad, a los pacientes que acuden al Hospital Valle de Tenza , prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.	80-84
CPS 201 DE 2017	01 de diciembre de 2017	31 de diciembre de 2017	\$32.000.000	Prestación de servicios como profesional en la especialidad de medicina interna, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha especialidad, a los pacientes que acuden al Hospital Valle de Tenza , prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.	85-87
CPS 022 DE 2018	01 de enero de 2018	12 de agosto de 2018	\$132.480.000	Prestación de servicios como profesional en la especialidad de medicina interna, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha especialidad, a los pacientes que acuden al Hospital Valle de Tenza, prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.	88-90
ADICIONAL No 1 CPS 022 de 2018	01 de septiembre de 2018	31 de octubre de 2018	\$32.000.000	Prestación de servicios como profesional en la especialidad de medicina interna, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha	91

				especialidad, a los pacientes que acuden al Hospital Valle de Tenza, prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.	
ADICIONAL No 2 CPS 022 de 2018	01 de noviembre de 2018	16 de noviembre de 2018	\$8.970.000	Prestación de servicios como profesional en la especialidad de medicina interna, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha especialidad, a los pacientes que acuden al Hospital Valle de Tenza, prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.	92

Resulta clara la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por la entidad accionada para la prestación de servicios profesionales como médica internista, y en el expediente existen informes de actividades firmados por la contratista y el supervisor que dan cuenta de ello.

Se evidencia que la demandante mensualmente presentaba informes en los cuales indicaba:

- El número de consultas externas realizadas
- El número de Consultas por Urgencias realizadas
- El número de interconsultas por hospitalización
- El número y la clase de procedimientos quirúrgicos realizados
- El número de atenciones a pacientes hospitalizados

Documentos que reposan en el archivo 79 del expediente digital (fl. 339), en cada uno de los meses laborados desde junio de 2017 a noviembre de 2018 y que se encuentra como soportes de los pagos realizados.

Sumado a lo anterior, los testimonios vertidos en el proceso por parte de MICSY ALDARA COPASACHOA CHAPARRO y ANGIE CAROLINA LESMES, no dejan asomo de duda acerca de la efectiva prestación personal del servicio por parte de la actora como médica internista, a favor del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza.

En efecto, la primera de ellas manifestó al respecto, lo siguiente (min 1:15:12-:1:43:52):

*Preguntado: Cual era el tiempo de permanencia de la Señora Pesca Moreno en el Hospital Valle de Tenza.*

*Contestó De lunes a viernes desde las 7 de la mañana hasta la 7 de la noche, y disponibilidad en las noches por si se presentaba urgencias*

*Preguntado: indíqueme al despacho si la Señora Pesca Moreno asistía los fines de semana a prestar sus servicios como especialista en medicina interna en el Hospital Valle de Tenza*

*Contestó: Si señor las veces en que yo tenía turno la veía haciendo fines de semana también.*

*Preguntado en que horario*

*Contestó: Me imagino que de siete a siete es que nuestros horarios cambian tenemos tiempo de descanso, pero las veces que yo la vi estaba de siete a siete*

*Preguntado: en ese tiempo de junio de 2017 a noviembre de 2018, en ese hospital existían otros médicos especialistas en medicina interna*

*Contestó: No solamente tenemos un internista siempre*

*Preguntado: y en la sede Hospital Valle de Tenza ubicado en Guateque, se encontraba otro médico internista.*

*Contestó: Si señor tengo entendido que había otro médico internista*

*Preguntado: recuerda la forma de vinculación, si también era por Orden de Prestación de Servicios o si se encontraba en la planta del Hospital.*

*Contestó: Ellos son de contrato porque ya hace mucho tiempo que no hay personal de planta.*

*Preguntó: La señora utilizaba los instrumentos que le suministraba el hospital.*

*Contestó: ella utilizaba elementos de nosotros pero también tenía los suyos, su tensiómetro, sus cosas.*

*Preguntado: ella prestaba sus servicios exclusivamente al Hospital Valle de Tenza o a otra entidad hospitalaria*

*Contestó: ella únicamente prestaba sus servicios en el Hospital.*

*Preguntado: Usted sabe si la señora Edith Cristina Pesca Moreno, podía abandonar el turno a la hora que ella quisiera.*

*Contestó: ella no podía abandonar el turno, tenía que cumplir con su contrato.*

*Preguntado: antes de que la doctora Edith Cristina Pesca Moreno, había iniciado a trabajar en el Hospital, había un médico internista*

*Contestó: Si señor hemos tenido varios internistas.*

*Preguntado: el servicio de medicina interna siempre se ha prestado.*

*Contestó: Antes no, pero desde la restructuración se ha prestado el servicio de medicina interna desde hace como quince a veinte años.*

*Preguntado: le consta si en el periodo de disponibilidad llamaron a prestar sus servicios*

*Contestó: Si me consta: varias veces la llamaban.*

Por su parte, la testigo ANGIE CAROLINA LESMES, con respecto a la prestación del servicio a cargo de la señora PESCA MORENO, aseveró (min 5:02- 27:02):

*Preguntado: indique lo que le conste, indicando circunstancias de tiempo modo y lugar:*

*Contestó: si, yo trabaje con la doctora Cristina Pesca, ella era médico internista en el Hospital Valle de Tenza de segundo nivel, se desempeñaba allí como médico internista y yo como auxiliar de enfermería, trabajó alrededor de año y medio en el hospital*

*Preguntado: Aproximadamente durante que lapso de tiempo*

*Contestó: En el 2017 y 2018.*

*Preguntado: Recuerda la fecha desde cuándo*

*Contestó: desde junio hasta noviembre*

*Preguntado: Que servicios médicos prestaba cuando estaba vinculada con la ESE Valle de Tenza?*

*Contestó: Se encargaba de valorar pacientes, consulta externa, pacientes de hospitalización y urgencias, todo lo de medicina interna*

*Preguntado: Usted trabajó durante ese periodo para al ESE Hospital Valle de Tenza?*

*Contestó: Si señor, yo era auxiliar de enfermería, estaba recibiendo ordenes de ella y de los médicos generales.*

*Preguntado: la señora Cristina Pesca Moreno cumplía o no cumplía horario laboral*

*Contestó: Si señor todos lo cumplíamos desde las 7 de la mañana hasta la 7 de la noche, eran turnos de doce horas.*

*Preguntado: ella permanecía de manera continua en ese horario de trabajo*

*Contestó: si señor creo que para los especialistas tenían la hora de almuerzo*

*Preguntado: Durante qué días de la semana trabajaba ella en ese horario de doce horas.*

*Contestó: De lunes a viernes y los fines de semana tenía disponibilidad, en la mañana valoraba pacientes de hospitalización y urgencias y disponibilidad.*

*Preguntado: Usted recuerda si para esa época junio de 2017 a noviembre de 2018, estaban vinculados otros médicos especialistas en medicina interna?*

*Contestó No señor, en esa época ella era la única internista que se encontraba en el hospital*

*Preguntado: Indíquele al despacho si la señora Cristina Pesca Moreno utilizaba sus propios instrumentos o los que le suministraba el Hospital.*

*Contestó: los que le suministraba el Hospital.*

*Preguntado: Cristina Pesca Moreno prestaba sus servicios en otra institución o de manera exclusiva al Hospital Valle de Tenza.*

*Contestado: Hasta donde yo tengo entendido ella solo trabajaba en la ESE del Hospital*

*Pregunta el apoderado de la parte demandante: Es tan amable de indicarnos si el Hospital Valle de Tenza, durante el periodo que usted trabajó con la señora Edith Cristina Pesca Moreno, contaba con otra sede diferente a la de Garagoa.*

*Contestado: Si señor, el Hospital cuenta con la sede de Guateque y unas subseces de primer nivel que es Tenza, Sutatenza, Chivor, Almeida y Guayatá.*

*Preguntado: Usted sabe o recuerda si en esa sede de Guateque, había otro médico internista.*

*Contesta: sí señor, en esa sede había otro médico internista.*

*Preguntado: en la sede de Guateque dice que había otro médico internista, estaba vinculado también por contrato de prestación de servicios o formaba parte de la planta.*

*Contestado: No, todos los especialistas estaban vinculados por prestación de servicios, ginecólogos, anestesiólogos.*

*Preguntado: Usted sabe si la señora Edith Cristina Pesca Moreno, podía abandonar el turno*

*Contestó: No podía abandonar el turno.*

*Preguntado: Usted le consta si la señora Edith Cristina Pesca Moreno, al interior del hospital atendió pacientes de ella, particulares, pacientes que no fueran del Hospital.*

*Contestó: No, sólo atendía pacientes del Hospital.*

*Preguntado: a usted le consta si la señora Edith Cristina solicitaba permisos*

*Contestado: no solicitaba permiso.*

El dicho de los testigos antes mencionados, es concordante con el objeto y las obligaciones pactadas en los Contratos de Prestación de Servicios suscritos entre la actora y la ESE Hospital Valle de Tenza, de los cuales emerge sin hesitación alguna que la señora PESCA MORENO prestó de manera personal sus servicios en calidad de médico Internista, en las instalaciones de la institución médica, de manera que este requisito se encuentra cabalmente demostrado en el *sub-lite*.

Debe recordarse que, en la respectiva audiencia de pruebas, fue formulada tacha de falsedad contra la testigo **MICSY ALDARA COPASACHOA CHAPARRO**, por parte de la apoderada de la ESE Hospital Regional Valle de Tenza, con fundamento en que la deponente trabaja en la entidad demandada.

Sobre la tacha de testigos por razones de imparcialidad, el artículo 211 del Código General del Proceso, señala lo siguiente:

*[...] ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas. La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso [...]*

Valga precisar que, conforme lo ha señalado la jurisprudencia, la presencia de un motivo que conlleve a dudar de la imparcialidad del testigo, no conlleva a rechazar *in limine* las declaraciones, sino que implica una mayor valoración y respaldo con las demás pruebas aportadas al proceso.

En efecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, ha expresado sobre el particular:

*“La Sala anota que si bien fue atendido en audiencia de pruebas el testimonio de la señora Luz Esperanza Higuera Garzón, quien se desempeñó como compañera de trabajo en el desarrollo de las labores de servicios generales y presentó demanda con base en hechos y pretensiones similares a las planteadas por la accionante, **de conformidad con el artículo 211 del Código General del Proceso (CGP), se impone el deber de valorar las narraciones de aquellas personas cuya credibilidad e imparcialidad se encuentren afectadas, «[...] de acuerdo a las circunstancias de cada caso», sin que implique esta restricción alguna para atribuir mérito a lo dicho por ellas, sino que comporta un mandato de especial rigor al estudiarlas, siempre en contexto con las demás probanzas del expediente, de allí que más que los fundamentos para aceptar o rechazar tales testimonios, lo que resulta relevante es determinar su alcance en concordancia con los demás medios de convicción y las aristas del caso**”<sup>13</sup>(negrilla y subrayado fuera de texto).*

El despacho no encuentra razones suficientes para sospechar de la imparcialidad de la señora Copasachoa Chaparro, por el hecho de ser la ESE Hospital Valle de Tenza, su entidad empleadora y encontrarse actualmente vinculada.

En efecto, la testigo expresó que funge como auxiliar de enfermería hace más de 35 años, y a lo largo de su declaración indica en sólo en ocasiones tenía contacto con la actora, cuando coincidían en los mismos turnos, aunado a ello, su testimonio al corroborarse con las demás pruebas recaudadas, no genera dudas sobre la veracidad de sus dichos y tampoco incurre en contradicciones o inconsistencias, razón por la cual sus manifestaciones en torno a la prestación del servicio por parte de la señora Pesca Moreno, merecen credibilidad.

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de agosto de 2018, EXP. 85001-23-33-000-2014-00164-01(4563-15), C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

Por otra parte, se encuentra acreditado en debida forma el requisito de la **remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que, por la ejecución de sus servicios, la señora PESCA MORENO percibía unos honorarios, como puede corroborarse con los siguientes comprobantes de pago (archivo 79 del expediente digital (fl. 339):

Comprobante de pago No	Fecha	Concepto	Valor
790	12 de octubre de 2017	Cancelación cuenta de cobro 04 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de septiembre de 2017	\$13.561.000
883	10 de noviembre de 2017	Cancelación cuenta de cobro 05 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de octubre de 2017	\$13.561.000
995	13 de diciembre de 2017	Cancelación cuenta de cobro 06 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de noviembre de 2017	\$13.561.000
1091	29 de diciembre 2017	Cancelación cuenta de cobro 07 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de diciembre de 2017	\$13.561.000
55	13 de febrero de 2018	Cancelación cuenta de cobro 01 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de enero de 2018	\$12.129.030
112	07 de marzo de 2018	Cancelación cuenta de cobro 02 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de febrero de 2018	\$15.870.000
216	12 de abril de 2018	Cancelación cuenta de cobro 03 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de marzo de 2018	\$16.560.000
326	16 de mayo de 2018	Cancelación cuenta de cobro 04 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de abril de 2018	\$16.560.000
448	18 de junio de 2018	Cancelación cuenta de cobro 05 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de mayo de 2018	\$16.560.000
525	11 de julio de 2018	Cancelación cuenta de cobro 06 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de junio de 2018	\$16.560.000
632	15 de agosto de 2018	Cancelación cuenta de cobro 07 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de julio de 2018	\$16.560.000
758	27 de septiembre de 2018	Cancelación cuenta de cobro 08 servicio de espacialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de agosto de 2018	\$16.560.000
866	25 de octubre de 2018	Cancelación cuenta de cobro 09 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de septiembre de 2018	\$16.560.000
328	28 de abril de 2020	Cancelación cuenta de cobro 11-12 servicio de especialidad en medicina interna para sede Garagoa en el mes de octubre y noviembre de 2018	\$22.875.990

Así mismo, en los contratos de prestación de servicios se estipularon las siguientes cláusulas que dan cuenta de la remuneración por la prestación de los servicios de la demandante:

Contrato de prestación de servicios	Honorarios	Clausula	Fls.
CPS 115 DE 2017	\$21.333.333	QUINTA VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: el valor del siguiente contrato será por la suma de VEINTIUN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$21.333.333). La cancelación de los servicios prestados se efectuará mensualmente de la siguiente manera, un primer pago por valor de CINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (5.333.333), por el período comprendido entre el 31 y el 30 de junio de 2017 y posteriormente por valor de DIECISEIS MILLONES DE PEOSOS M/CTE (\$16.000.000) por mes laborado, previa presentación de la factura, certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato y comprobante de pago de parafiscales y de los aportes a seguridad social, pagaderos dentro de los sesenta (650) días siguientes a la ejecución del objeto del contrato(...),	73-80

CPS 139 DE 2017	\$48.000.000	QUINTA VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: el valor del siguiente contrato será por la suma de CUARENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS M/CTE (\$48.000.000). La cancelación de los servicios prestados se efectuará mensualmente en pagos por valor de DIECISEIS MILLONES DE PEOSOS M/CTE (\$16.000.000) por mes laborado, previa presentación de la factura, certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato y comprobante de pago de parafiscales y de los aportes a seguridad social, pagaderos dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecución del objeto del contrato(...),	80-84
CPS 201 DE 2017	\$32.000.000	QUINTA VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: el valor del siguiente contrato será por la suma de TREINTA Y DOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$32.000.000). La cancelación de los servicios prestados se efectuará mensualmente en pagos por valor de DIECISEIS MILLONES DE PEOSOS M/CTE (\$16.000.000) por mes laborado, previa presentación de la factura, certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato y comprobante de pago de parafiscales y de los aportes a seguridad social, pagaderos dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecución del objeto del contrato(...),	85-87
CPS 022 DE 2018	\$132.480.000	QUINTA VALOR DEL CONTRATO Y FORMA DE PAGO: el valor del siguiente contrato será por la suma de CIENTO TREINTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$132.480.000). La cancelación de los servicios prestados se efectuará mensualmente en pagos por valor de DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PEOSOS M/CTE (\$16.560.000) por mes laborado, previa presentación de la factura, certificación de cumplimiento expedida por el supervisor del contrato y comprobante de pago de parafiscales y de los aportes a seguridad social, razón de seiscientos noventa mil pesos diarios (\$690.000) pagaderos dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecución del objeto del contrato(...),	88-90
ADICIONAL No 1 CPS 022 de 2018	\$32.000.000	PRIMERA ADICION DEL VALOR adicionar el valor del contrato No 022 de 2018 en la suma de TREINTA Y DOS MILLONES DE PSEOSO M/CTE (\$32.000.000)	91
ADICIONAL No 2 CPS 022 de 2018	\$8.970.000	SEGUNDA ADICION se adiciona el valor del contrato en OCHO MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL PESOS M/CTE (\$8.970.000)	92

Ahora bien, con respecto al carácter permanente de las funciones desempeñadas por la actora, se tiene que mientras estuvo vinculada a la E.S.E. HOSPITAL VALLE DE TENZA, la demandante desempeñó, en resumen, las siguientes actividades que se encuentran pactadas en los contratos de prestación de servicios, de manera específica en la cláusula segunda de los CPS 115, 139 y 202 de 2017, así como en el contrato CPS -022 de 2018 (fl. 73-92):

- Valoración de pacientes de urgencias (dos rondas diarias)
- Revista médica del servicio.
- Consulta médica especializada
- Contestación de interconsultas
- Disponibilidad en las noches y en los fines de semana que le correspondan.
- Las anteriores actividades se ejecutarán 25 días a mes. Para evitar la congestión de los servicios se programarán los descansos de tal manera que haya servicio de medicina interna en la sede que no tiene jornada quirúrgica.

Como se indicó en precedencia, en la cláusula segunda de los contratos de prestación de servicios, se estipularon las obligaciones generales del contratista y otras de carácter especial, dentro de las que se destacan cuatro ítems que, en resumen, señalan (fl. 73-92):

- A) **Consulta especializada:** Se indicó que se prestará en las instalaciones del Hospital con la intensidad mensual que se indica para la especialidad. Las jornadas diarias de consulta serán en promedio 4 horas (12) pacientes. Las consultas serán asignadas en la central de citas a razón de 3 consultas por hora de lunes a viernes exceptuando los días de descanso.

Serían obligaciones del contratista las siguientes:



- 1) Prestar los servicios en concordancia con las necesidades de horas /procesos (...)
- 2) Diligenciar documentos para facturación, estadística, historia clínica, en forma legible con la firma de quien diligencia
- 3) Solicitar a los pacientes la autorización del servicio expedido por la entidad a la cual está afiliado y documento de identidad
- 4) El especialista deberá registrar la respectiva valoración y avalarla con su firma y sello
- 5) Realizar únicamente los procedimientos autorizados por el Hospital garantizando la oportunidad y calidad en la prestación del servicio.
- 6) Respetar las normas y reglamentos del Hospital sin perjuicio de la autonomía independencia e iniciativa profesional
- 7) Diligenciar las Historias Clínicas con letra legible y evitando el uso de siglas ...
- 8) Diligenciar completamente las solicitudes de exámenes...
- 9) efectuar la formulación en forma clara ...
- 10) Diligenciar los RPS (Registro individuales de prestación del servicio) entre otras (...)

**B) Permanencia Hospitalización y Urgencias:** La permanencia en el servicio se efectuará con 9 horas presenciales de Lunes a Viernes y en los fines de semana en los que tenga que laborar, 245 días al mes y con programación previamente pactada con el Hospital y en concordancia con las necesidades de horas /proceso que se requiera para cubrir adecuadamente las diferentes áreas. El profesional disfrutará de 5 días de descanso al mes.

En desarrollo de la permanencia de especialista deberá:

- 1) cumplir la permanencia, con presencia real del especialista o prestador del respectivo servicio, dentro de la institución durante todo el tiempo de turno. El inicio y terminación del turno debe ser a la hora acordada de acuerdo a la programación establecida en coordinación con la Subgerencia Científica del Hospital Regional Valle de Tenza.
- 2) Realizar interconsultas, valoración, atención intrahospitalaria, realizar juntas médicas y tratamientos médicos, exámenes, procedimientos y actividades propias de la profesión contratada acorde con las necesidades de cada paciente que se halle dentro del respectivo servicio.
- 3) pasar la revista del servicio en cada turno (dos veces al día)
- 4) Diligenciar las historias clínicas con letra legible y clara (...)
- 5) Diligenciar la epicrisis, descripción quirúrgica con letra legible en la que se registre el estado del paciente(...)
- 6) Los diagnósticos deben ser codificados (...) entre otras

**C) Junta quirúrgica como invitado:** El profesional deberá participar en las juntas médicas de donde se deberán llevar los casos especiales de pacientes, en los cuales la decisión debe tomarse por grupos interdisciplinarios o con el criterio y juicio de varios especialistas de un área determinada.

**D) Asistencia a Comités y otras actividades:** El profesional deberá asistir a los comités en los cuales sea requerido su concurso tales como Comité de Infecciones, Comité de Vigilancia epidemiológica, Comité de Farmacia y Terapéutica, Comité de Transfusiones, Comité de Historias Clínicas, Comité de Ética, técnico científico, caso clínico patológico o estudio de casos clínicos. Igualmente liderará y participará en la revisión y actualización de protocolos previa presentación de los documentos que acrediten el consenso médico y la adherencia.

El Consejo de Estado<sup>14</sup>, en reciente sentencia de unificación, formuló la siguiente *sub-regla* jurisprudencial en cuanto a la interpretación que debe darse a la expresión “término estrictamente indispensable”, contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

*(i) La primera regla define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.*

Como se puede observar en los estudios previos realizados para la celebración de los contratos de prestación de servicios objeto del litigio, se indica de manera clara la necesidad del servicio de medicina interna, al ser un Hospital de segundo nivel y tener habilitada esa especialidad, sin que se establezca un término estrictamente necesario; por el contrario, se evidencia su carácter permanente, al señalar: (archivo 79 fl. 339):



ESTUDIO PREVIO	
DEPENDENCIA QUE SOLICITA	SUBGERENCIA DE PRESTACION DE SERVICIOS
DEPENDENCIA A LA QUE SE DIRIGE	GERENCIA

**1. DESCRIPCIÓN DE LA NECESIDAD:**

El Hospital Regional VALLE DE TENZA dentro de lo contemplado en su portafolio de servicios como Institución Prestadora de Servicios de Salud de segundo nivel de atención, tiene habilitada la especialidad de MEDICINA INTERNA, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha especialidad. Para cumplir con los requisitos de habilitación del servicio en el estándar de recurso Humano, se debe contar con los especialistas en dicha área y dado que el hospital No cuenta con dichos profesionales de planta debe recurrir a su contratación para dar cumplimiento a todos los contratos que tienen suscritos con las Diferentes EPS. Igualmente la especialidad se requiere para garantizar la integralidad en la atención de nuestros pacientes, cumpliendo así los estándares de calidad que tiene establecida la institución.

**2. OBJETO:**

Prestación de servicios profesionales en la especialidad de MEDICINA INTERNA, para la realización de consulta especializada, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha especialidad, a los pacientes que acuden al Hospital Regional VALLE DE TENZA, prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.

**2.1 ESPECIFICACIONES DEL OBJETO A CONTRATAR**

Servicios profesionales en la especialidad de MEDICINA INTERNA, efectuando durante el día las siguientes actividades:

1. Valoración de pacientes de urgencias. (dos rondas diarias)
2. Revista médica del Servicio.
3. Consulta médica especializada.
4. Contestación de interconsultas.
5. Disponibilidad en las noches y en los Fines de semana que le correspondan.

Las anteriores actividades se efectuarán durante 25 días al mes. Para evitar la congestión de los servicios se programarán los descansos de tal manera que haya servicio de medicina interna en la sede que No tiene jornada quirúrgica.

A la luz de los estudios previos y particularmente de la descripción de la necesidad que se pretendía satisfacer con la contratación de la actora y conforme a las obligaciones contractuales, es claro que no era de aquéllas de carácter transitorio o excepcional, por el contrario, el nivel de complejidad del centro hospitalario exigía el servicio permanente de un médico internista, para la ejecución de las actividades u obligaciones a cargo de la señora Edith Cristina Pesca Moreno.

En otras palabras, el servicio de medicina interna corresponde al giro normal u objeto misional del Hospital Regional Segundo Nivel de Atención Valle de Tenza, y para su efectiva prestación no era procedente acudir a la tipología contractual de prestación de servicios profesionales, dado que ésta por su naturaleza pretende solventar los requerimientos de servicios temporales y no misionales o permanentes, luego es claro que se desnaturalizó dicha figura y, de contera, se incurrió en la prohibición establecida en el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968 (modificado por el

<sup>14</sup> **Sentencia de unificación por importancia jurídica** Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) **Asunto:** SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONFORME AL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011 **Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho **Radicado:** 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

Decreto 3074 del mismo año), conforme al cual no es permitido celebrar este tipo de negocios jurídicos para el cumplimiento de funciones de carácter permanente.

Al ser una entidad de segundo nivel de atención, de conformidad con lo establecido en el Decreto 1760 de 1990, artículo octavo, los criterios que debe cumplir son:

**ARTÍCULO 8º.** *Las entidades se clasificarán como de segundo nivel si cumplen como mínimo con los siguientes criterios:*

- a) Frecuencia de los problemas de salud que justifiquen los servicios ofrecidos por la entidad;*
- b) Cobertura y atención a poblaciones de uno o varios municipios o comunas que cuenten con atención hospitalaria de primer nivel;*
- c) Atención por personal profesional especializado, responsable de la prestación de los servicios;*
- d) Tecnología de mediana complejidad que requiere profesional especializado para su manejo, en la consulta externa, hospitalización, urgencias y en los servicios de diagnóstico y tratamiento de patologías de mediana severidad;*
- e) Amplia base poblacional que cubra uno o varios entes territoriales según sus necesidades de atención;*
- f) Existencia de planes de desarrollo socioeconómico en el área, para convertirse en polo de desarrollo de regiones mayores en el país.*

Nótese entonces que la institución médica debe cumplir con criterios de atención por personal profesional y especializado en consulta externa, hospitalización y urgencias, los cuales se enmarcan precisamente en las actividades que ejecutaba la señora Edith Pesca Moreno en la institución demandada, la cual, de conformidad con la planta de personal que requiere para funcionar (archivo 39 fl. 1146-1147), necesita mínimo 3 médicos internistas, de modo que a todas luces la necesidad que se pretendía satisfacer con la vinculación contractual no puede calificarse como transitoria o excepcional.

En cuanto al elemento de **subordinación**, propio de las relaciones de trabajo, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, regula:

**«Artículo 23. Elementos esenciales.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

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

[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]»  
(Subraya la Sala).

El elemento de subordinación se encuentra probado dentro del caso sub judice, lo cual se colige de las declaraciones rendidas en audiencia del 6 de julio de 2017, de las cuales se destaca:

- **Cumplimiento de órdenes:**

**ANGI CAROLINA LESMES**

*Preguntado: la señora Cristina Pesca Moreno cumplía con esos servicios de medicina interna de manera autónoma o debía cumplir con los protocolos de atención que establecía el hospital de Valle de Tenza.*

*Contesto: Debía cumplir con los protocolos de atención que establecía la ESE*

*Preguntado: Por qué razón.*

*Contestado: Por la contratación que tenía.*

*Preguntado: Ella recibía órdenes o instrucciones de alguna persona que formara parte del Hospital Valle de Tenza.*

*Contesto: De la gerencia, de los administrativos*

*Preguntado: Que tipo de órdenes*

*Contestó: De la atención de los pacientes, horarios establecidos, normas del Hospital*

## **MICSY ALDARA COPASACHOA CHAPARRO**

*Preguntado: Indíqueme al despacho si la demandante cumplía órdenes o instrucciones de alguna naturaleza que le fueran impartidas por el personal del Hospital.*

*Contesto: el subgerente y gerente ellos son los que le impartían sus órdenes, me imagino lo acordado en su contrato.*

## **INTERROGATORIO DE PARTE DEMANDANTE: EDITH CRISTINA PESCA MORENO**

*Preguntado: Quién le daba las órdenes*

*Contestó: La instrucción inicial del doctor Mariño y de cada Subgerente que pasó, a veces hasta de la enfermera jefe.*

*Preguntado: Usted al interior del Hospital en el Municipio de Garagoa podía atender pacientes privados, es decir, suyos.*

*Contestado: Esa era una cláusula o una condición donde al principio del contrato, así lo exigía el contrato, no podía atender paciente particulares, igual no tenía tiempo nunca.*

*Preguntado: A usted le consultaban para asignarle la consulta externa.*

*Contestó: La programaban ellos, incluso cuando había consultas programadas las programaban los sábados.*

*(...)*

*Preguntado: Usted recibía requerimiento del área de urgencias para que se desplazara a ver pacientes, estando en otra área de servicios.*

*Contesto: todos los días, como yo tengo conocimientos de cuidados intensivos todos los pacientes graves yo los atendía.*

*Preguntado: A usted le exigieron que asistiera a juntas médicas, comités etc*

*Contesto: se hacían comités y era obligatoria la asistencia, so pena de poner en peligro de la contratación.*

*Preguntado. En alguna oportunidad un funcionario del hospital Valle de Tenza le realizo alguna amonestación verbal o escrita.*

*Contestó: En las reuniones que se hacían y comité de convivencia ocasionalmente se hacían unos llamados propios de la práctica clínica.*

### **• Modo, tiempo o cantidad de trabajo:**

## **ANGI CAROLINA LESMES**

*Preguntando: indique lo que le conste, indicando circunstancias de tiempo modo y lugar:*

*Contestó: si yo trabajé con la doctora Cristina Pesca, ella era médico internista en el Hospital Valle de Tenza de segundo nivel, se desempeñaba allí como médico internista y yo como auxiliar de enfermería, trabajé alrededor de año y medio en el hospital*

*Preguntado: Aproximadamente durante que lapso de tiempo*

*Contestó: En el 2017 y 2018*

*Preguntado: Recuerda la fecha desde cuando*

*Contestó: desde junio hasta noviembre*

*Preguntado: Que servicios médicos prestaba cuando estaba vinculada con la ESE Valle de Tenza?*

*Contestó: Se encargaba de valorar pacientes, consulta externa, pacientes de hospitalización y urgencias, todo lo de medicina interna*

*Preguntado: la señora Cristina Pesca Moreno cumplía o no cumplía horario laboral*

*Contestó: Si señor todos lo cumplíamos desde las 7 de la mañana hasta la 7 de la noche, eran turnos de doce horas.*

*Preguntado: Durante que días de la semana trabajaba ella en ese horario de doce horas.*

*Contestó: De lunes a viernes y los fines de semana tenía disponibilidad, en la mañana valoraba pacientes de hospitalización y urgencias y disponibilidad.*

## MICSY ALDARA COPASACHOA CHAPARRO

*Preguntado: Cual era el tiempo de permanencia de la Señora Pesca Moreno en el Hospital Valle de Tenza*

*Contestó: De lunes a viernes desde las 7 de la mañana hasta la 7 de la noche, y disponibilidad en las noches por si se presentaba urgencias*

*Preguntado: indíqueme al despacho si la Señora Pesca Moreno, asistía los fines de semana a prestar sus servicios como especialista en medicina interna en el Hospital Valle de Tenza*

*Contestó: Si señor, las veces en que yo tenía turno la veía haciendo fines de semana también.*

*Preguntado: en qué horario.*

*Contestó: Me imagino que de siete a siete es que nuestros horarios cambian tenemos tiempo de descanso, pero las veces que yo la vi estaba de siete a siete.*

Aunado a ello, en el plenario reposan las planillas de los turnos de medicina interna que cubría la señora Pesca Moreno, en horarios de cobertura de 7 am a 7am del día siguiente, así como consultas de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., y se advierte que la actora disfrutaba de periodos de descanso de tan sólo cuatro (4) a 6 días al mes (fl. 83-85).

- **Imposición de reglamentos:**

En cuanto a la imposición de reglamentos, tanto las señoras **Angi Carolina Lesmes** y **Micsy Aldara Copasachoa Chaparro**, señalaron que la señora **Pesca Moreno** debía cumplir con el reglamento del hospital y los protocolos de atención al paciente, afirmación que de igual forma hizo la demandante en el interrogatorio de parte al señalar:

*Preguntado: Infórmele al despacho si a usted le ordenaron cumplir reglamentos o protocolos propios del Hospital Regional Valle de Tenza*

*Contestó: Lo primero que me dieron a conocer fue el manual de Convivencia era obligatorio cumplir con su mandato, se debían cumplir los protocolos que imponía el hospital.*

Analizada la prueba acopiada en su conjunto, el Juzgado encuentra que la parte actora ha logrado demostrar que se presentó una continuada subordinación y dependencia propia de las relaciones de trabajo, nutrida además por la permanencia de la relación por más de un año, a través de contratos que se prorrogaban de manera sucesiva, lo cual impide sostener que se trató de una contratación extraordinaria o eventual.

Conforme se había señalado en precedencia, de conformidad con el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de realizar actividades relacionadas con su administración y funcionamiento, que no pueden realizarse con personal de planta o requieren conocimientos especializados, cuya duración debe darse por el término estrictamente indispensable, sin que se genere relación laboral o prestaciones sociales.

Dichos contratos no pueden recaer sobre funciones públicas de carácter permanente, pues en caso de que exista necesidad de vincular personal en tales condiciones, se deberá proceder a la creación de los empleos y la provisión de sus emolumentos en el presupuesto correspondiente; a su turno, cuando la entidad requiera de personal para desarrollar labores de manera temporal, deberá crear el correspondiente empleo temporal, el cual como es natural, debe ofrecer los derechos y garantías laborales de los empleos de planta (salarios y prestaciones sociales) y así se encuentra dispuesto en la Ley 909 de 2004, artículo 21<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones: a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración; b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada; c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales. d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a 12 meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución. 2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales. 3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos

En providencia del Consejo de Estado<sup>16</sup> se señalaron los criterios para identificar el elemento de la temporalidad, el cual resulta desnaturalizado cuando quiera que los contratos de prestación de servicios se prolongan en el tiempo para el ejercicio de funciones permanentes de la entidad, dando lugar a una relación de carácter laboral.

Al respecto, explicó en su oportunidad el máximo órgano de lo contencioso administrativo, lo siguiente:

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

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

Destaca la Sala que de acuerdo con los lineamientos constitucionales establecidos en la Sentencia C-171-12, sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad en los servicios de Salud, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, la Corte Constitucional ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución y que tiene por finalidad la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública.

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

Sobre lo que debe entenderse como función permanente, la Corte Constitucional<sup>17</sup> ha acudido a los siguientes criterios de identificación: “(i) **criterio funcional**, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucionales y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)””; (ii) **criterio de igualdad**, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta

ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.

<sup>16</sup> Consejo de Estado Sec. Segunda, Subsección “B”, C.P.: GERARDO ARENAS MONSALVE, sentencia de 4 de febrero de 2016, Exp: 0316-14.

<sup>17</sup> Corte Constitucional Sentencia C-614 de dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009) expediente D-7615, Magistrado Ponente: Dr. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB

de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) **al criterio temporal o de habitualidad**, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) **al criterio de excepcionalidad**, si "la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) **al criterio de continuidad**, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral".-resaltado del Juzgado-

Concluyó en ese caso el Consejo de Estado:

**"En ese orden, como la función contratada por la entidad demandada fue de carácter permanente y propio de la entidad, emerge en realidad, una relación laboral entre las partes aunque éstas le hayan dado el nombre y forma de un contrato de prestación de servicios, en tal sentido no están llamados a prosperar los motivos de impugnación referidos a la inexistencia de los elementos de la relación laboral, motivo por el cual habrá de confirmarse la sentencia apelada."**-resaltado del Juzgado-

El Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 10 de septiembre de 2014, dentro del expediente 2013-00539, con ponencia del Doctor LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA concluyó que la relación laboral se acreditaba por la suscripción sucesiva de contratos; de forma puntual se dijo:

**"En el presente caso, con base en las pruebas anteriormente relacionadas no existe duda que existió una verdadera relación laboral entre la actora y la Nación- Policía Nacional -Dirección de Sanidad del Departamento de Policía de Boyacá para los periodos referidos con anterioridad, ya que se suscribieron varios contratos entre el 12 de mayo de 1998 al 31 de diciembre de 2011, que demuestran el ánimo de la demandada de emplear continuamente los servicios de la demandante como médico en el área de sanidad de la entidad, lo que desvirtúa la temporalidad característica del contrato de prestación de servicios, como pasa a determinarse.**

**Ciertamente, de las funciones ejercidas por la demandante tales como atender consulta en cualquier establecimiento de sanidad policial donde le sea programada, llevar registros de atención diaria de procedimientos. Participar en la definición y actualización de los protocolos y rendir informes que la Dirección de Sanidad requiera dentro de los plazos determinados, entre otras, evidencian la subordinación existente entre la peticionaria y la demandada, pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de sus superiores es claro que desdibujan la figura de la coordinación y por ende desvirtúan la autonomía e independencia propias del contrato de prestación de servicios."**-Resaltado del Juzgado-

Sobre la ausencia de la temporalidad como uno de los criterios determinantes de subordinación, el Tribunal Administrativo de Boyacá, en sentencia de 15 de octubre de 2015 expediente 2013-00802, con ponencia del Doctor Félix Alberto Rodríguez, se pronunció así:

**"Así, debe indicar la Sala tomando en consideración el marco normativo decantado en la presente providencia, que el vínculo laboral de la demandante con la ESE demandada por más de 4 años y de manera ininterrumpida, permite establecer que las funciones por ella desempeñadas como fisioterapeuta no eran temporales; funciones que se realizaron hasta el día 31 de diciembre de 2010, fecha de terminación del último contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes; por lo tanto, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así la temporalidad y transitoriedad que caracteriza a los contratos de prestación de servicios.**

**En este orden de ideas, colige la Sala que en el sub judice se encuentran demostrados los elementos constitutivos de la existencia de una relación laboral entre la señora Dayra Estela Fonseca Alba y la ESE centro de salud Manuel Elkyn Patarroyo del municipio de Otanche, durante el periodo de tiempo en que la actora prestó sus servicios como fisioterapeuta en dicho centro de salud mediante sendos contratos de prestación de servicios, como quiera que se encuentra demostrada la actividad personal, una remuneración como contraprestación de los servicios prestados y la subordinación, evidenciada en el cumplimiento de un horario y de la existencia de un superior jerárquico tal y como se colige de la declaraciones hechas por los testigos y de los certificados laborales expedidos por la ESE, y que conducen a concluir**

*que la accionante estaba bajo la continua dependencia de la entidad demandada, evidenciándose así la existencia de un contrato realidad.*

*Aunado a lo anterior, es importante resaltar que el objeto contractual para el cual fue contratada la demandante en cada una de los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, esto es "Prestar servicio de terapia respiratoria a los usuarios de la ESE", son actividades propias del cargo de fisioterapeuta (**criterio funcional y de igualdad**), y se asemejan a la constancia y cotidianidad que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o a la realización frecuente de la labor (**criterio de habitualidad y de continuidad**), de acuerdo a lo expuesto en precedencia.*

*En consecuencia, como lo ha dejado establecido la Corte Constitucional, en los casos en que se presentan dichos criterios es evidente la existencia de una verdadera relación laboral, y cuando el personal existente no es suficiente para realizar las tareas permanentes y necesarias de la entidad, la solución no es vincular a personal mediante contratos de prestación de servicios para que ejerza dicha labor, como se hizo con la actora, sino crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal."-resaltado del juzgado-*

A la luz de los precedentes jurisprudenciales transcritos, resulta meridianamente claro para el despacho que la señora EDITH CRISTINA PESCA MORENO, acreditó haber estado ejerciendo sus actividades como **Médico Especialista en Medicina Interna**, de manera subordinada por un periodo de 1 año y 5 meses, aproximadamente a través de contratos que se prorrogaron en forma sucesiva desde el 20 de junio de 2017 al 16 de noviembre de 2018.

Frente al particular, ha de precisar el despacho que aunque en la demanda se indica que la demandante laboró hasta el 30 de noviembre de 2018, de la prueba arrimada al plenario se logró establecer que la prórroga No 2 de la Adición No 02 del contrato 022 de 2018, tuvo una vigencia entre el 1 al 16 de noviembre de 2018 (fl. 92) sin que se hubiera probado un término superior en la ejecución del contrato.

Aunado a ello debe agregarse que la demandante innegablemente estaba sometida a un horario de trabajo, similar al que sería exigible a un empleado de planta, cumpliendo los turnos diarios asignados, incluyendo los fines de semana; además de garantizar su permanente disponibilidad, que desde luego comportaba una jornada completa de trabajo, sin que existiera concurrencia con otras actividades o labores independientes o en otros centros médicos, de modo que la actividad de la demandante carecía de autonomía, pues de conformidad con el cronograma de turnos, debía asistir de 7 a.m. a 7 p.m. todos los días, y contar con disponibilidad de 24 horas, incluyendo fines de semana, según se narró por los declarantes.

En conclusión, se desvirtúa la existencia del contrato de prestación de servicios que, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas entre los sujetos de la relación laboral (art. 53 C.N.), amerita la especial protección del Estado que garantiza el artículo 25 de la Carta Política, situación que conducirá a declarar la **nulidad** del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 1 de marzo de 2019, emanado del HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCION) VALLE DE TENZA E.S.E., por el cual se negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral.

En consecuencia, se declarará la existencia de una relación laboral y, a título de restablecimiento del derecho, se condenará al pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho la señora Edith Cristina Pesca Moreno por el desarrollo de su labor.

Conviene precisar que en el periodo en que la demandante estuvo vinculada con la ESE, no existió solución de continuidad desde el 20 de junio de 2017 al 16 de noviembre de 2018, dado que, en virtud de las pautas jurisprudenciales trazadas en la sentencia de unificación jurisprudencial del nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), antes citada, se entiende interrumpida la relación laboral si transcurren más de treinta (30) días hábiles entre la finalización de un contrato y el inicio del subsiguiente, lo cual no aconteció en el *sub examine*.



Cabe anotar que, pese a que se encuentran probados los elementos configurativos de una relación laboral, ello no implica que la persona obtenga la condición de empleado público, ya que no median los componentes para una relación de carácter legal y reglamentaria en armonía con el artículo 122 de nuestra Constitución Política de Colombia<sup>18</sup>.

Bajo las anteriores consideraciones, se declararán no probadas las excepciones presentadas por la entidad demandada, denominadas *Falta de legitimación en la casusa por pasiva*, *“Inexistencia del contrato de trabajo o de relación laboral”*, *“Falta de causa legal para promover la acción”* *“cobro de lo no debido”*, toda vez que las pruebas que han sido valoradas en líneas anteriores, no dejan asomo de duda acerca de que existió una verdadera relación laboral entre la ESE HOSPITAL REGIONA VALLE DE TENZA y la señora CRISTINA PESCA MORENO, de lo cual emerge la obligación de pago de las condignas prestaciones sociales y se desvirtúa la presunción de legalidad del acto administrativo demandado.

#### 4.1 De los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral

Con fundamento en la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Sección Segunda, proferida el nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), dentro del radicado: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016), la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional de la demandante (sobre los honorarios pactados), dentro de los periodos laborados por contrato de prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Pesca Moreno como contratista y los que se debieron efectuar, deberá cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante en concepto de aportes, pero solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

Asimismo, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema general de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación y, en el evento de no haberlo hecho o existir diferencia en su contra, deberá pagar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora.

Con respecto a la pretensión de devolución de los aportes sufragados por la actora con destino al sistema de seguridad social en salud y ARL, será denegada, con fundamento en la precitada sentencia de unificación de Consejo de Estado<sup>19</sup>, en la cual sostuvo sobre el particular, lo siguiente:

*166. En ese orden de ideas, la Sala unifica su jurisprudencia en el sentido de precisar que, frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal.*

#### 4.2 De la pretensión de reconocimiento de la sanción moratoria:

La parte actora solicita que, de acceder a la pretensión de condena de las cesantías, también se ordene al pago de la sanción moratoria o indemnización consagrada en la ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las mismas.

El Despacho denegará esta pretensión, precisamente porque la obligación de pagar las cesantías nace con la declaratoria del contrato realidad en esta sentencia, y será a partir de la ejecutoria de

<sup>18</sup> «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. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

(...))».

<sup>19</sup> **Sentencia de unificación por importancia jurídica** Bogotá, D. C., nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) **Asunto:** SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA CONFORME AL ARTÍCULO 271 DE LA LEY 1437 DE 2011 **Medio de control:** Nulidad y restablecimiento del derecho **Radicado:** 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

la misma que inicie a correr el término de 45 días de que trata la Ley 1071 de 2006, para el pago de las cesantías, de manera que no es dentro de este proceso judicial que se pueda sancionar el retardo eventual en su pago por ser un evento futuro e incierto.

#### 4.3 De la pretensión de devolución de la RETENCIÓN EN LA FUENTE:

No hay lugar a acceder a la pretensión de la devolución de los valores pagados por retención en la fuente, como lo pretende la demandante, pues desborda el alcance de este medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en el que se estudia un conflicto de carácter laboral, tal y como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado:

*“...En relación con la pretensión de reintegro de las sumas descontadas por concepto de retención en la fuente, no es dable acceder a ella, ya que esta Corporación<sup>20</sup> ha sostenido que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho no es el mecanismo idóneo para ventilar tal súplica, dado que esa figura reviste un cobro anticipado de un impuesto, esto es, un concepto tributario, que desborda el objeto de la controversia laboral del epígrafe. Además, la desnaturalización de la vinculación de la actora a través de contratos de prestación de servicios, no implica el reintegro de dineros que se hayan erogado para su celebración...”<sup>21</sup>*

#### 4.4. De la pretensión de reintegrar todos los valores cancelados por concepto de pólizas

No evidencia el despacho en el plenario las pólizas que dice haber cancelado la actora, de modo que al no existir prueba que demuestre su dicho, este despacho negará tal solicitud.

### 5. De la prescripción:

Conforme a los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, la prescripción de los derechos laborales opera al cabo de tres (3) años, lapso que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador.

Conviene precisar que la línea jurisprudencial de la Sección Segunda del Consejo de Estado a partir de la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad:

- *“Que el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.*
- *Que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización”<sup>22</sup>.*

Ahora bien, para determinar cuánto tiempo ha transcurrido entre la celebración y finalización de los contratos de prestación, y definir si operó la solución de continuidad, es necesario acudir a lo dispuesto por el Consejo de Estado en su reciente sentencia de unificación, donde se indica como segunda regla la siguiente:

***La segunda regla establece un período de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias***

<sup>20</sup> Sentencia de 13 de junio de 2013, expediente: 05001-23-31-000-2003-03741-01 (42-13), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 01 de noviembre de 2018, exp. 25000-23-42-000-2012-01454-01(2550-16), C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 18 de julio de 2018, exp. 68001-23-33-000-2013-00689-01(3300-14), C.P. William Hernández Gómez.

*que el juez encuentre probadas dentro del expediente*

En virtud de lo anterior, es claro para el despacho que en el presente caso no existió solución de continuidad en los contratos celebrados, por las siguientes razones:

- La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte de la demandante, se presentó ante la entidad demandada el 19 de febrero de 2019.
- La relación contractual no fue interrumpida, por lo que el cómputo de la prescripción extintiva se contabiliza a partir de la finalización de todos los periodos contractuales.
- Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados de los periodos de vinculación laboral, comprendidos entre el 20 de junio de 2017 y el 16 de noviembre de 2018, no se encuentran efectivamente prescritos, pues no transcurrieron más de tres años entre la finalización del respectivo periodo contractual y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

## **6. Costas procesales.**

No se condenará en costas en este asunto, atendiendo lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 365 del C.G.P<sup>23</sup>, dispone que *en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando fundamentos de su decisión.*"

En el presente caso fueron denegadas las pretensiones de la demanda, relativas al reconocimiento de la sanción moratoria por cesantías, devolución de sumas de dinero por concepto de retención en la fuente y aportes al sistema de seguridad social, así como el pago de las pólizas. En virtud de lo anterior, el Juzgado no impondrá costas.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Décimo Administrativo Oral del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## **RESUELVE**

1. Declarar no probadas las excepciones presentadas por el HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN) VALLE DE TENZA E.S.E., denominadas "*Falta de legitimación en la casusa por pasiva*", "*Inexistencia del contrato de trabajo o de relación laboral*", "*Falta de causa legal para promover la acción*" y "*cobro de lo no debido*".
2. Declarar la **nulidad** del acto administrativo de fecha 1 de marzo de 2019, emanado del HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN) VALLE DE TENZA E.S.E., y suscrito por el Dr. JOSE OMAR NIÑO CARREÑO, quien actuaba como Gerente de dicha Institución y por el cual se negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral
3. **Declárase** la existencia de una relación laboral entre Edith Cristina Pesca Moreno y el HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN) VALLE DE TENZA E.S.E., por el periodo comprendido entre el 20 de junio de 2017 y el 16 de noviembre de 2018, lapso que deberá computarse para efectos pensionales.
4. A título de restablecimiento del derecho, **ORDÉNASE** al HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN) VALLE DE TENZA E.S.E.:

<sup>23</sup> Norma que resulta aplicable a los asuntos contenciosos administrativos por expresa remisión del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

- 4.1. Reconocer y pagar a la señora Edith Cristina Pesca Moreno, las prestaciones sociales comunes que devengan los empleados de planta de la entidad (en un cargo equivalente a las funciones cumplidas por la actora), dejadas de percibir entre el 20 de junio de 2017 y el 16 de noviembre de 2018, liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en los contratos suscritos, sin solución de continuidad, debidamente indexadas, conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia. La totalidad del tiempo laborado se computará para efectos pensionales, para lo cual la entidad hará las correspondientes cotizaciones.
- 4.2. Tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional<sup>24</sup> de la demandante, dentro de los periodos laborados por prestación de servicios, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados por la señora Pesca Moreno como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, la demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al Sistema General de Seguridad Social en pensiones durante el tiempo que duró su vinculación, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, deberá cancelar o completar, según sea el caso, el porcentaje que le correspondía como trabajadora.

5. EI HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN) VALLE DE TENZA E.S.E. hará la actualización sobre las sumas adeudadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 187 (inciso final) del CPACA, teniendo en cuenta los índices de inflación certificados por el DANE y mediante la aplicación de la fórmula matemática adoptada por el Consejo de Estado, a saber:

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

6. EI HOSPITAL REGIONAL (SEGUNDO NIVEL DE ATENCIÓN) VALLE DE TENZA E.S.E., deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en este fallo dentro del plazo indicado en el artículo 192 del CPACA.
7. **Niéguense** las demás pretensiones de la demanda.
8. **NO CONDENAR** en costas a la parte demandada.
9. **En firme** ésta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor en el sistema.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

(Firmado electrónicamente por SAMI)  
**JAVIER LEONARDO LÓPEZ HIGUERA**  
**Juez**

---

<sup>24</sup> Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.