



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SOGAMOSO

Sogamoso, mayo quince (15) del año dos mil veinte (2020)

Referencia: Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicación: 157593333-002-2018-00076-00
Demandante: SUSANA CASTILLO ARANGUREN
Demandado: HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO E.S.E.

1. ASUNTO

Corresponde al Despacho resolver de fondo ¹ mediante sentencia de primera instancia la demanda que dio origen al proceso de la referencia.

2. PRETENSIONES

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, la señora Susana Castillo Aranguren por intermedio de apoderado solicita se declare la nulidad del Oficio G – 01 211 de fecha 17 de agosto de 2017 (*fls.36 a 39*) expedido por el Gerente de la ESE Hospital Regional de Sogamoso.

Que como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, se declare que entre ella y la ESE Hospital Regional de Sogamoso existió una relación laboral entre el 6 de febrero de 2015 hasta el 30 de julio de 2017, lapso durante el cual se desempeñó como médico, vinculada a través de empresas intermediarias y ordenes de prestación de servicios

Solicita además que se condene a la demandada a reconocer y pagar prestaciones sociales: *auxilio de cesantías y sus intereses, primas semestral, de servicios, de navidad, de vacaciones, sueldo de vacaciones, vacaciones, bonificación especial por recreación y por servicios, horas extras, recargos nocturnos, diferencias entre sueldos pagados y los asignados al cargo que se reclama (...)* *seguridad social integral*, no canceladas por la entidad, el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, igualmente se reconozca que el tiempo laborado se compute para efectos pensionales.

Solicita además se reintegre los dineros que se descontaron del salario, por concepto de retención en la fuente y pago de seguridad social, junto con los intereses moratorios y actualización, teniendo en cuenta la corrección monetaria sobre cada uno de ellos, la indemnización consagrada en la Ley 244 de 1995, por el no pago oportuno de las cesantías, reintegrar todos los valores cancelados por la demandante por concepto de pólizas.

3. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Los supuestos fácticos que respaldan las pretensiones de la demanda se sintetizan de la siguiente manera (*fls. 366 a 368*):

¹ Una vez establecida la inexistencia de causales de nulidad que invaliden lo actuado y la estructuración de los presupuestos procesales para ello (Son aquellos requisitos que deben estar presentes en todo proceso, para que al Juez le resulte posible proferir una sentencia de mérito con efectos de cosa juzgada material, sobre las pretensiones y excepciones propuestas. Ellos son: a) demanda en forma; b) competencia; c) capacidad para ser parte; e) capacidad procesal y f) legitimación en la causa).

Relata la demanda que la señora Susana Castillo Aranguren prestó sus servicios como médico en el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. por intermediación de las empresas denominadas: Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S. y/o Consorcio Grupo Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S, así como por intermedio de la Empresa TEMINCO S.A.S., entre el 14 al 31 de diciembre de 2015.

Manifiesta que la demandante trabajó de forma permanente al servicio del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E., según los cuadros de turnos por señalados por la entidad, nunca por las empresas intermediarias, cumpliendo horario según agendas de trabajo y órdenes impartidas mensualmente, lo que corresponde directamente con el objeto social, labor misional, servicios ofertados y habilitados y que la demandada, ni sus intermediarias, han cumplido con la obligación legal de pagar los conceptos laborales y prestacionales que corresponden a la demandante.

Señala que las empresas contratadas por la demandada, no pagó los aportes a seguridad social, ni tampoco las prestaciones sociales, sobre el valor real del sueldo asignado, que conforme al Decreto 1335 de 1995, en el manual general de funciones y requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud, que prevé el cargo de Médico General, pero por años, no se ha adecuado la planta de personal, en detrimento de los trabajadores.

4. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En sentir de la demandante, con la expedición del acto administrativo demandado se violaron las siguientes disposiciones constitucionales y legales:

Preámbulo, artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209 de la Constitución Política; inciso 4 del artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, artículo 209 del Decreto 1950 de 1973; Ley 79 de 1988; numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; artículos 1 y 2 de la Ley 909 de 2004 artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011; Decreto 1335 de 1990; artículos 1, 6, 10, 13, 14, 18, 22, 23, 24, 37, 38 40 y 43 del C.S.T., Directivas y Circulares de orden nacional, normas de intermediación nacional.

Establece que el acto administrativo demandado se apartó de las normas con los que se debió sustentar su expedición, nugatorio de los derechos laborales de la demandante pues, pese a darse los elementos estructurales del contrato de trabajo, niega la supremacía de la realidad sobre las formalidades y de contera, los principios que rigen la administración pública, profiriéndolo con desviación de poder y falsa motivación, omitiendo que por norma de orden nacional, el cargo de médico esta creado y existe en la actual codificación para el sector salud –“MEDICO GENERAL - 321510”-.

Afirma que mal hace los funcionarios públicos que pretenden confundir las relaciones de trabajo para ocultar la realidad de los contratos laborales, como en este caso, en el que la accionada ha estructurado contratos para vincular a una misma persona para cumplir indefinidamente funciones que le son propias, por cuanto celebró contratos de prestación de servicios con personas jurídicas que hacen de meras intermediarias para evadir las obligaciones laborales.

Asevera que el Gerente del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. acepta que la planta de cargos es insuficiente para cumplir la labor misional que por eso realizan contratos con ciertas empresas para suplir tal deficiencia, es decir que la necesidad de vincular personal es permanente, sin que se hayan creado los cargos que requiere la Entidad, para contratar, conforme a las normas de derecho público, el personal necesario para cumplir la misión empresarial. Cita sentencias de la H. Corte Constitucional y el Consejo de Estado sobre primacía de la realidad.

5. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO E.S.E. contestó la demanda (fls.109 a 145) oponiéndose a las pretensiones formuladas por la demandante; en cuanto a su reforma (fls.502-503) hace reparo frente a las pruebas solicitadas; así respecto de la primera señaló que la Institución Hospitalaria contrato a las empresas Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S., Consorcio Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S., entre otras, para desarrollar procesos y subprocesos que no se podían cubrir con el personal de planta, con el fin de garantizar la prestación del servicio público de salud a la población del Municipio de Sogamoso y su área de influencia.

Expresa que con las empresas en mención, se contrató los servicios profesionales del personal que desarrollaba los procesos en el Hospital Regional de Sogamoso, las que en últimas son los patronos de la demandante, máxime cuando entre estos se suscribieron sendos contratos laborales en donde se pactó el pago de salarios y prestaciones.

Al respecto, afirma que entre la demandante y el Hospital Regional de Sogamoso no existió ningún tipo de contrato, lo único que existió fueron los contratos de prestación de servicios de carácter administrativo entre el Hospital y las empresas Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S., Consorcio Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S., entre otras.

Luego de aludir a la forma en que se puede realizar la vinculación a las entidades públicas, afirma que al ser el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. una entidad pública y al no ser la demandante una trabajadora oficial ni una empleada pública no puede existir un contrato de trabajo como tal, menos pretender el pago de prestaciones.

Asevera que tanto el Ministerio de Trabajo como el de Salud y Protección Social, han señalado que es necesario que las entidades hospitalarias adopten las medidas que estimen pertinentes con el fin de garantizar la prestación de servicios de salud a la población, y para el efecto, se establecen posibilidades de vinculación de personal, a saber: a) creación de plantas personales, b) vinculación de personal supernumerario, c) contratación de empresas sociales del estado con terceros conforme al artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 y la sentencia C – 171 de 2012, d) contratación de empresas de servicios temporales, e) contratos sindicales, f) contrato de asociación público privada y, g) contrato de prestación de servicios de conformidad con la sentencia C – 614 de 2009.

Reitera que las medidas de vinculación en mención son las recomendadas por el Ministerio de Salud y de Protección social, teniendo en cuenta que no se puede dejar de prestar el servicio público de salud por parte de las entidades hospitalarias, pero que tiene que presentarse ante la Junta Directiva la necesidad de realizar un estudio técnico para la creación de cargos, con el fin de dar cumplimiento a los mandatos legales y constitucionales, así como a la jurisprudencia.

Finalmente propuso las excepciones denominadas: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*, *“El oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo”*, *“Falta de causa legal para promover la acción”*, *“Cobro de lo no debido”* e *“Inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral”*.

En el escrito de contestación a la reforma de la demanda se ratifica en todos y cada uno de los aspectos planteados en el escrito de contestación a la demanda y señala que al ser el Hospital Regional de Sogamoso una entidad pública de conformidad se opone a que se decrete el interrogatorio de parte del subgerente científico y la Subgerente Administrativa como directivos del Hospital y, en su lugar, se ordene informe escrito bajo juramento.

6. TRAMITE PROCESAL

La demanda fue radicada ante la Oficina de Apoyo Judicial de Tunja el 23 de febrero de 2018 según acta de reparto (*fl.78*), siendo asignada por reparto al Despacho del Dr. Luís Ernesto Arciniegas Triana, quien por auto de 13 de abril de 2018 (*fls.80-81*) ordenó remitir por competencia la demanda.

El asunto fue asignado por reparto a este Despacho el 25 de abril de 2018 (*fl.85*) siendo inadmitida por auto del 11 de mayo de 2018 (*fl.88*), subsanado el defecto, la demanda fue admitida por auto del 18 de junio de 2018 (*fl.99*), por auto del 19 de noviembre de 2018 se admitió la reforma a la demanda (*fls.498-499*).

Por auto del 18 de marzo de 2019 (*fl.505*) se fijó el 8 de julio de 2019 para adelantar la audiencia inicial, como en efecto se hizo (*fls. 508-510*) y el 30 de octubre de 2019 se realizó la audiencia de pruebas (*fl.561-562*), en la que se dispuso prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión.

7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **parte demandante** alega de conclusión (*fl.563-584*) iterando sus argumentos de la demanda, señalando que la demandada no logró desvirtuar los hechos narrados en la demanda; concluye que está probada la falsa motivación del acto demandado y la entidad demandada desconoce derechos de la demandante trabajadora a su servicio, desconociendo al igual que las empresas temporales los derechos laborales para labores permanentes y misionales, acudiendo al proceso de reestructuración para ahorrarse el pago de prestaciones de los trabajadores, pese a que la demandante prestó sus servicios de forma permanente y subordinada. Refiere que el testigo Dr. Mauricio Cuevas narró que las ordenes eran emanadas del Hospital, la organización del trabajo por turnos y todo lo correspondiente a la prestación del servicio de salud, que hay un médico general en la planta de cargos únicamente, pero que recibe una remuneración diferente a los vinculados por intermedio de las supuestas empresas de servicios temporales, pues ganan más.

El Hospital Regional de Sogamoso presenta alegatos de conclusión (*fl.585-592*) reiterando los argumentos de la contestación de demanda, sin realizar cambios sustanciales en sus exposiciones sobre el tratamiento jurídico de los contratos suscritos por la entidad con las empresas referidas por la demandante, autorizadas por el Ministerio de Trabajo y contratadas por convocatoria pública, las que cumplieron con actividades de externalización de los servicios que presta el Hospital Regional de Sogamoso, para lo cual vinculan personal a quienes le pagaron prestaciones sociales y seguridad social como exige la ley. Resalta que el Hospital no fungió como patrono de la demandante como señala en su demanda, sino que fue una trabajadora en misión, para lo cual se asignaron turnos para una adecuada coordinación de labores y actividades. De contera señala que no se demostró que el Hospital hubiere realizado ningún pago a la demandante, ni que hubiere prestado sus servicios bajo subordinación como elemento importante de la relación laboral, por lo que pide no se acceda a las súplicas de la demanda.

8. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se contrae a determinar si entre la señora Susana Castillo Aranguren y el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. se configuró o no la existencia de una verdadera relación laboral, durante el periodo comprendido entre el 6 de febrero de 2014 al 30 de julio de 2017, desempeñando actividades profesionales como médica vinculada a través de contratos suscritos con diferentes empresas o cooperativas de trabajo contratadas por la demandada para la prestación de servicios de salud

Surge un problema jurídico asociado al anterior, en caso que se resuelva favorable a la demandante, que concierne a establecer si consecuentemente ella tiene derecho al reconocimiento y pago indexado de diferencias salariales, prestaciones sociales y económicas, dejados de percibir durante el tiempo que prestó sus servicios al Hospital Regional de Sogamoso.

En tercer lugar, debe establecerse si hay lugar al reintegro de las sumas pagadas por la demandante por concepto de aportes a seguridad social, retención en la fuente y el costo de pólizas, al igual que el pago de la indemnización por falta de pago del auxilio de cesantías.

9. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

i) Principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio de primacía de la realidad sobre las formas como garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, la Corte Constitucional² ha precisado que se puede hablar de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica, de este modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral ordinaria.

Ahora bien, la Sección Segunda del Consejo de Estado³ ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Así mismo, señaló⁴ que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se oculta una relación laboral a través de la celebración de contratos de prestación de servicios o por intermediaciones laborales con Cooperativas de Trabajo Asociado o Empresas de Servicios Temporales; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

² Corte Constitucional, Sentencia T-287 del 14 de abril de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³ Consejo de Estado, Sentencia del 26 de mayo de 2016, Rad. 81001-23-33-000-2013-00034-01(1586-14), C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

⁴ Ibídem.

Ahora bien, tal como lo ha decantado la jurisprudencia de la Alta Corporación, se constituye en requisito para acreditar la existencia de una relación laboral, que el interesado pruebe en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y que de hecho desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se deba desempeñar. Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación sucinta y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación o dependencia respecto del empleador, que es el que fundamentalmente desentraña la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio.

No sobra precisar que además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Respecto a este último aspecto, la permanencia de la labor o funciones realizadas, debe decirse que a pesar de la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública, años atrás se implementó como práctica usual en las relaciones laborales con el Estado la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas, el aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración y de lo que ahora es un concepto acuñado y públicamente reconocido: *“la intermediación laboral”* o designación de una gran cantidad de personas que trabajaban durante largos períodos en las entidades públicas, especialmente para la prestación de servicios de salud, a través de cooperativas de trabajadores o empresas de servicios temporales.

En esta línea la Corte Constitucional en Sentencia C-855 de 2009 consideró:

*“...Si por conducto de la Cooperativa de Trabajo Asociado llega a suscitarse una relación laboral de un trabajador asociado con la cooperativa, para prestarle servicios a un tercero -con elementos de subordinación, horario y remuneración propios del contrato de trabajo-, **esta relación laboral prevalece sobre el acuerdo cooperativo, y en tal caso aplican todas las regulaciones laborales (...)**”*

Conforme a lo expuesto, se concluye que independientemente de la denominación que se le dé a una relación laboral o de lo consignado formalmente entre los sujetos que la conforman, deben ser analizados ciertos aspectos que permitan determinar si realmente la misma es o no de naturaleza laboral. Para ello, basta con examinar los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo o la relación laboral y, siendo así, el trabajador estará sujeto a la legislación que regula la materia y a todos los derechos y obligaciones que se derivan de ella.

Frente al tema se pronunció el Tribunal Administrativo de Boyacá en providencia del 28 de agosto de 2017. M.P. Clara Elisa Cifuentes, se señaló:

“Para demostrarlo, [el vínculo laboral] se requiere que el actor otorgue suficientes elementos de juicio dirigidos a desvirtuar la naturaleza contractual en el ámbito de la Ley 80 de 1993, y a determinar que la actividad se realizó de forma personal bajo el cumplimiento de órdenes en cualquier momento respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y como contraprestación, haya recibido una remuneración o pago.

Al respecto se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009, así:

*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.*

ii) El contrato realidad frente a la prestación del servicio de salud

El Consejo de Estado enseña que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de órdenes 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. Igualmente se ha precisado jurisprudencialmente que ello no obsta, para que en un caso en concreto, se desvirtúe la relación contractual y se declare la existencia de un contrato de trabajo, del cual se deriven derechos laborales a favor del supuesto contratista. En ese sentido, se ha manifestado⁵:

“(…) 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, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos - entrándose 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

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección “A”, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 18 de mayo de 2011, Expediente Número:0056-10

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, 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.

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios médicos, 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 habilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Ahora, 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 ordenes 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 aun los aspectos anteriormente referidos”.

iii) De la empresa de servicios temporales

La Ley 50 de 1990, mediante el cual se modificó el Código Sustantivo de Trabajo, en su artículo 50 define la empresa de servicios temporales como aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar de manera temporal en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la que tiene con respecto de ellas, el carácter de empleador.

A su vez, la norma en comento en su artículo 73, define el usuario como toda persona natural o jurídica que contrate los servicios de las empresas de servicios temporales y, en su artículo 74 estipula que los trabajadores vinculados a estas empresas son de dos categorías: **(i) Trabajadores de planta:** son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales y, **(ii) Trabajadores en misión** son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos, a quienes se les aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas del régimen laboral –artículo 75 Ley 50 de 1990-.

Ahora, en el artículo 77 ibídem señala que las empresas de servicios temporales sólo pueden contratar con éstas en los siguientes casos: **(i)** Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, **(ii)** Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad y, **(iii)** Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más.

Igualmente, el Decreto 1707 de 1991, mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, en su artículo segundo estipula lo siguiente:

“(…)Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el ordinal 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, la necesidad del servicio en la empresa usuaria subsiste, no se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente empresa de servicios temporales para la prestación del servicio respectivo.”

10.RECAUDO PROBATORIO

Evidencia documental

Obran en el plenario copia de los contratos suscritos por el Hospital Regional de Sogamoso ESE y las empresas abajo relacionadas, cuyo objeto en términos generales es: *atender de manera oportuna y eficiente actividades de atención, realización de procedimientos, hospitalización y consulta en el área de urgencias y consulta de medicina general de puerperio, a los pacientes que acudan a esa ESE, cuyas cláusulas generales se describen a continuación.*

Tabla 1

No. CONTRATO	CONTRATISTA	PLAZO	VALOR
005 de 1 de enero de 2015 (fls. 146-156 y 134-145 cdmo anexo 2)	CONSORCIO PARA EL APOYO DE SERVICIOS DE SALUD “ASERSALUD”	Del 1 de enero al 28 de febrero de 2015	\$196.491.800
Otrosí No. 1 contrato No. 005 de 2015 (fl. 158-160)	CONSORCIO PARA EL APOYO DE SERVICIOS DE SALUD “ASERSALUD”	Del 1 al 5 de marzo de 2015	\$196.491.800
110 de 11 de agosto de 2015 (fls. 169-180 y 146-157 cdmo anexo 2)	CONSORCIO PARA EL APOYO DE SERVICIOS DE SALUD “ASEPSALUD”	Del 6 de marzo al 5 de agosto de 2015	\$515.264.400
266 de 5 de marzo de 2015 (fls. 183-196)	CONSORCIO PARA EL APOYO DE SERVICIOS DE SALUD “ASEPSALUD”	Cinco meses contados a partir de la fecha de su legalización y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$586.740.000
268 de 11 de agosto de 2015 (fls. 203-214 y 158 a 170 cdmo anexo 2)	CONSORCIO PARA EL APOYO DE SERVICIOS DE SALUD “ASEPSALUD”	Del 11 de agosto al 31 de diciembre de 2015 y/o agotamiento del presupuesto del contrato	\$586.740.000
002 de 1 de enero de 2016 (fls. 220-232 y 171 – 183 cdmo anexo)	CONSORCIO PARA EL APOYO DE SERVICIOS DE SALUD “ASEPSALUD”	Del 1 de enero al 29 de febrero de 2016 y/o hasta agotar del presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$244.112.000
Otrosí No. 1 contrato No. 002 de 2016 (fls. 236-238)	CONSORCIO PARA EL APOYO DE SERVICIOS DE SALUD “ASERSALUD”	Del 1 al 31 de marzo de 2016 y/o hasta agotar del presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$122.056.000
168 de 1 de abril de 2016 (fls. 242-253 y 184-195 cdmo anexo 2)	CONSORCIO GESTIÓN Y SALUD SOGAMOSO	Seis meses a partir de la legalización del contrato y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$732.336.000
Otrosí No. 1 contrato No. 168 de 2016 (fls. 257-260)	CONSORCIO GESTIÓN Y SALUD SOGAMOSO	Tres meses adicionales	\$366.168.000
352 de 14 de diciembre de 2016 (fls. 263-276)	CONSORCIO GESTIÓN Y SALUD SOGAMOSO	A partir del acta de inicio, hasta el 31 de diciembre de 2016, hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$85.023.100
002 de 1 de enero de 2017 (fls. 280-293 y 207-220 cdmo anexo 2)	CONSORCIO GESTIÓN Y SALUD SOGAMOSO	Del 1 de enero al 28 de febrero de 2017 y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$287.923.000
Otrosí No. 1 contrato No. 002 de 2017 (fls. 297-300)	CONSORCIO GESTIÓN Y SALUD SOGAMOSO	Del 1 al 31 de marzo de 2017 y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$143.961.500
136 de 3 de abril de 2017 (fls. 303-316 y 221-234 cdmo 2 anexo)	CONSORCIO GRUPO EMPRESARIALGESTIÓN Y SALUD SOGAMOSO	Del 3 de abril al 31 de agosto de 2017 y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$719.807.500
188 de 22 de mayo de 2017 (fls. 320-335 y 235-250 cdmo anexo 2)	TEMPORAL INDUSTRIAL TEMINCO S.A.S. –	Del 22 de mayo al 30 de junio de 2017 y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$200.000.000
Otrosí No. 1 contrato No. 188 de 2017 (fls. 340-343)	TEMPORAL INDUSTRIAL TEMINCO S.A.S. –	Del 22 de mayo al 15 de julio de 2017 y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$100.000.000
226 de 14 de julio de 2017 (fls. 346-362 y 251-267 cdmo anexo 2)	TEMPORAL INDUSTRIAL TEMINCO S.A.S. –	Del 16 al 31 de julio de 2017 y/o hasta agotar el presupuesto del contrato, lo que ocurra primero	\$75.000.000

De igual forma, se encuentra copia del “*CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR OBRA O LABOR O DETERMINADA*” suscrito el 1 de enero de 2016 (fl.56-58), entre por la demandante con el Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S., en calidad de empleadora, en la que se comprometiéndose a cumplir las una serie de obligaciones, todas relacionadas con el desempeño profesional médico, manejo del paciente, rendición de informes, estadísticas, reporte de enfermedades obligatorias, diligenciamiento de formatos (RIPS) e historias clínicas y responder por el manejo de equipos y elementos; se destaca las obligaciones que entrañan plena sujeción del trabajador al empleador, descritas en los numerales: 1, 11, 12, 13, 14, y 17, frente a la obligación del numeral 15, llama la atención que el trabajador se compromete a cumplir horario y rotación asignados y en caso que no sea justificada la ausencia del trabajador, autoriza el descuento con cargo a su nómina, para pagar el gasto que genera al contratar a otro profesional que lo cubra.

En relación con la duración del contrato se señaló en el mismo: “*La obra o labor contratada durara por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por el USUARIO. En consecuencia este contrato terminará en el momento que el USUARIO comunique al EMPLEADOR que ha dejado de requerir los servicios del trabajador, sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna.*”

Como remuneración por el desarrollo y cumplimiento de sus labores en la cláusula segunda del mencionado contrato se estableció un salario de \$1.648.000 por 192 horas al mes, pagaderos en periodos mensuales dentro de los diez (10) primeros días siguientes al mes trabajado, indicando que en caso de ejecutarse menos horas, el salario tendrá una variabilidad de acuerdo a las horas efectivamente laboradas.

Frente a la jornada de trabajo se señaló en la cláusula cuarta del pluricitado contrato:

***Jornada de trabajo.** La jornada laboral se pactara de acuerdo al cuadro de turnos elaborado con la E.S.E. teniendo en cuenta el límite de horas establecido en la ley. En caso de que haya trabajo dominical o festivo, suplementario, en horario nocturno, y demás establecido en la ley, se llevará a cabo el pago adicional de acuerdo al porcentaje establecido en el Código Sustantivo de Trabajo, así como los días de descanso a que tiene derecho; si se labora en días domingo o festivo se remunerara de acuerdo a la ley, y se compensará en los términos que establezca el Código. (...).* (Subrayado nuestro)

Así mismo obra copia del “*CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO POR OBRA O LABOR O DETERMINADA*” suscrito el 1 de abril de 2017, entre el Consorcio Grupo Empresarial Gestión y Salud Sogamoso, en calidad de empleador y la señora Susana Castillo Aranguren, en calidad de trabajadora, en la que se establece las obligaciones del trabajador y la remuneración en términos similares en los expuestos en el anterior contrato (fl.52, 59 y 60) y de igual manera destaca que la duración del contrato será por el término que dure la labor contratada entre esta empresa con la ESE Hospital Regional de Sogamoso.

Igualmente se encuentra copia lo que se denominó: “*CONTRATO DE TRABAJO POR LA DURACIÓN DE OBRA O LABOR DETERMINADA No. 4622*” del 22 de mayo de 2017, suscrito entre la Sociedad Temporal Industrial Colombia S.A.S. TEMINCO S.A.S.(fl.63), en calidad de empleadora y la señora Susana Castillo Aranguren, en calidad de trabajadora, en la que se establece que a partir del **22 de mayo de 2017**, quien ingresa al servicio del empleador comprometiéndose a cumplir las siguientes obligaciones similares a las indicadas arriba respecto del primer contrato de trabajo reseñado, siempre bajo el parámetro que el servicio se cumple en favor de la ESE, en calidad de usuaria, por lo tanto el trabajador debe respetar sus reglamentos internos, con una duración pro labor contratada por la ESE. Este contrató fijó en la cláusula tercera una remuneración por la labor desempeñada, la suma de \$2.900.000, por 192 horas mensuales.

Frente a la jornada, en la cláusula quinta del Contrato señala: “*EL TRABAJADOR se obliga a laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por el EMPLEADOR o por las personas autorizadas por la Empresa usuaria, pudiendo hacer estos los ajustes o cambios de horario cuando así lo estimen conveniente. (...)*”

Así mismo, en la cláusula séptima de dicho contrato se establece que el trabajador tiene derecho a las prestaciones sociales reconocidas por la ley, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos.

Medios de prueba de fuente oral

En audiencia de pruebas celebrada el 30 de octubre de 2019 (fls. 459-461) se recibió el testimonio del señor Oscar Mauricio Cuevas Valdeleón, médico especialista en epidemiología, Subgerente Científico del Hospital Regional de Sogamoso, quien frente a los hechos del presente medio de control, señaló:

“En febrero, el primero de febrero de 2017 asumí el cargo de Subgerente Científico del Hospital de Sogamoso, en este momento pues estaba ya en curso los contratos suscritos con empresas temporales de prestación de servicios elegidas por el Hospital por intermedio de convocatorias públicas para suplir las necesidades del personal para la prestación de servicios misionales del Hospital Regional de Sogamoso, específicamente en el caso que nos ocupa médicos generales, dado que, en la planta de personal, en el plan de cargos del Hospital Regional de Sogamoso, por motivo de una liquidación que se suscitó unos años atrás, unos veinte años tal vez atrás, no se había liquidado toda esta planta de personal y el Hospital Regional de Sogamoso no tenía en su planta de personal como suplir los cargos para la prestación del servicio en razón, a esto se venía contratando con terceros con empresas que suministraban el personal para la prestación de los servicios, de todos los servicios del Hospital, en este caso específicamente los servicios misionales relacionados con los médicos generales en el servicio de urgencias, en ese momento como les menciono, el 1 de febrero de 2017, ya estaba en curso un contrato con una empresa que suministraba el personal, es personal en misión, que presta los servicios en el Hospital, en la sede central del Hospital y en la unidades básicas de atención y, pues las funciones que asumen estos, estas personas, estos trabajadores en misión son las relacionadas con la prestación normal de los servicios de salud siempre la relación ha sido entre el Hospital Regional de Sogamoso y la empresa que se debe adherir a todas las guías, protocolos y funciones que son necesarias para la prestación del servicio de salud, pues permanente, por ser un servicio público que requiere pues de la prestación continua.” (minuto: 07: 28 a 10:03)

Al ser indagado por el Despacho frente a la manera o porque dependencia eran asignados los turnos a la demandante, el testigo declaró:

“Si, el Hospital Regional de Sogamoso, el servicio de urgencias específicamente es un servicio que requiere la atención, las 24 horas los 365 días del año, entonces cuando se hace la Convocatoria para la prestación de estos servicios, el Hospital manifiesta la necesidad de horas, de acuerdo la demanda del servicio la necesidad de horas a contratar que eso se traduce en el número de horas a contratar, lo cierto es que se debe garantizar la prestación del servicio las 24 horas con la cantidad suficiente de médicos para suplir la demanda del Hospital Regional de Sogamoso. Con este requerimiento que hace el Hospital a las empresas con las que contrata es la empresa a través de un líder o un coordinador designado por la Empresa quien determina la prestación del servicio para suplir estos turnos, es decir, es el Coordinador, el líder de la Empresa designado por la Empresa para el servicio de urgencias quien realiza la lista de turnos, se la presenta al Hospital mensualmente y, una vez verificado por parte del supervisor del contrato, que se está supliendo la necesidad del Hospital, pues se desarrolla la agenda de turnos, pero es asignado por la Empresa, por el Coordinador de la Empresa y avalada por supuesto y revisada por el Hospital para garantizar que se preste el servicio (minuto: 14:29 - 16:24)

En relación con si los turnos podían modificarse por los médicos, en el presente caso por la demandante, señaló:

“Pues los turnos digamos se deben cumplir de la manera más estricta posible con el fin de garantizar, uno, que se preste el servicio y segundo además que no vaya a ver sobre carga de trabajo por parte de un mismo trabajador, es decir, que no vaya a hacer turnos de más cantidad de tiempo del permitido por la norma y además por seguridad del paciente y por normas ocupacionales, cierto es que en algunas ocasiones por necesidades personales, los trabajadores cambian de turno de común acuerdo, obviamente con el conocimiento de la Empresa, debe ser con el conocimiento y el aval de la Empresa y se debe informar al Hospital para garantizar, lo que debe verificar el Hospital es que se garantice la prestación del servicio con el número de personas requeridas o contratadas para suplir la demanda, pero los turnos eran asignados, eran presentados o son presentados al Hospital y se deben cumplir, tal cual los presenta la Empresa al Hospital (minuto: 16:28 - 17:55).

Al preguntársele por el Despacho si tiene conocimiento, si la demandante recibía **órdenes o instrucciones** por parte del personal administrativo del Hospital a efectos de cumplir las labores para la que fue contratada señaló:

“El Coordinador o líder del servicio de urgencias que les mencionaba hace un momento, una de las funciones es ser canal de comunicación o ser el puente para establecer la comunicación entre el Hospital, entre los requerimientos del Hospital y la empresa contratista, es decir, todas las instrucciones acerca de, por poner un ejemplo, jornadas adicionales o traslados se daban siempre a través del Coordinador o líder del servicio de urgencias o de cada uno de los servicios, eventualmente el Hospital o el subgerente científico, los líderes de los diferentes servicios pues por supuesto que debemos tener contacto directo con los trabajadores, con los médicos, con los especialistas en razón a la dinámica de la prestación del servicio, tenemos que hacer seguramente reuniones para hacer estudios de caso, para socialización de guías y protocolos que deben ser, digamos, direccionadas por el Hospital, muchas de ellas, en cumplimiento de la normatividad emanada por el Ministerio de Salud y pues si hay interacción obviamente entre el personal administrativo del Hospital y todos los trabajadores del Hospital pero siempre las instrucciones se dan a través de las empresas y las empresas son quienes replican la información o dan las ordenes a sus trabajadores en misión.”
(minuto: 18:04-20:00)

Al indagársele si le consta, si a la demandante le fueron pagados las prestaciones sociales: auxilio de cesantías, intereses, primas semestrales, de navidad vacaciones, sueldo de vacaciones, bonificación especial o bonificación por servicios, contestó:

“Si, los contratos suscritos con las empresas terceras, una vez se van a liquidar, uno de los requisitos para liquidar, es garantizar o es verificar por parte del Hospital, en nombre pues del supervisor del contrato, que la Empresa este a paz y salvo con los trabajadores, con cada uno de los trabajadores. Estos contratos, específicamente el que terminó en julio de 2017, ya fue liquidado, quiere decir eso que en su momento el Hospital verificó que todas las obligaciones laborales por parte de la Empresa, estaban canceladas o habían sido pagadas a cada uno de los trabajadores, esto pues obviamente se verifica con la firma de un paz y salvo o un manifiesto por parte de los trabajadores, que la empresa no tiene ninguna obligación o ninguna deuda con ellos, ya estos contratos fueron liquidados, entonces eso se verificó en su momento, que les hubieran pagado en todo lo que les adeudaban o todo lo que les debían pagar (minuto: 21:34 a 23:26)

Frente al encargado de realizar dichos pagos, el testigo señaló que era la empresa contratista, la empresa que había ganado la convocatoria pública, indicando que uno de los requisitos, además de los pagos obligatorios de carácter laboral, estaba incluido el pago de la seguridad social, con el ingreso base de liquidación establecido por la norma, lo que se verifica mensualmente para certificar el pago a la empresa contratista (minuto: 23:36 a 24:31)

En relación con la existencia de una diferencia salarial entre un médico general de planta y el vinculado a través de una empresa de servicios temporales o de suministro de personal, un tercero y si en el caso de la demandante se presentaren tales diferencias salariales, señaló:

“(...) el Hospital Regional de Sogamoso no tenía dentro del Plan de Cargos la planta de personal suficiente para prestar el servicio de médicos de urgencias, había solamente un cargo de médico de planta que tenía un salario establecido, ya digamos por el plan de cargos, previo a la liquidación del Hospital en su momento hace más de 20 años y el salario de ese médico general de planta, si era diferente al salario de los médicos contratados por el Hospital, digamos el salario base, la determinación de cuál es el salario, de cuál era el salario base del médico general contratado, por, a través de empresas, pues se determinó en su momento, como les mencionaba, hace más de 20 años, cuando se vio la necesidad de contratar a los médicos a través de este mecanismo y pues fue determinado, supongo que por un estudio médico hecho y aprobado por la Junta Directiva en su momento (minuto: 24:34 a 26:24)

Más adelante aclara el testigo que para los años 2015 a 2017 ningún médico general de planta, desempeñaba su labor en el servicio de urgencias, todos los médicos que trabajaban en esa área asistencial, están contratados a través de la empresa de servicios temporales, de un tercero, el cargo de planta que mencionó realizaba funciones de tipo administrativo, en la oficina de calidad (minuto: 26:26 a 27:30). El testigo señala que durante varios años ha estado vinculado al hospital, al igual que los demás trabajadores, a través empresas tercerizadas, con cooperativas y empresas de servicios temporales y en ocasiones por contrato de prestación de servicios, aclarando que perteneció a la planta de personal del hospital durante 17 meses hasta octubre de 2017, cuando fue encargado de la Subgerencia científica, cargo de libre nombramiento y remoción, (minuto: 32:34 a 34:09) indicando que una de sus funciones fue la de supervisar contratos para la prestación de los servicios asistenciales, tanto de personal como de suministro de equipos médicos o de medicamentos, siendo la principal emitir directrices misionales, en aras de garantizar la prestación de manera ininterrumpida y de calidad, que se sigan las guías y protocolos del Ministerio de Salud (minuto: 35:30 a 36:57) a los cuales se sujeta también la demandante (minuto: 49:57 a 50: 29)

Al preguntarle de que forma impartía dichas directrices señaló:

“Todas las directrices que se dan a las empresas de servicios temporales se hacen a través de la empresa, es decir se emiten circulares o comunicados a las empresas de servicios temporales y ellos a través de sus líderes designados o escogidos por ellos mismos, las replican a todos los trabajadores, como mencionaba hace un momento hay ocasiones que por la misma dinámica del servicio por supuesto que hay que tener interacción con cualquiera de los médicos especialistas o trabajadores misionales o asistenciales del Hospital pero las directrices siempre se dan a través de las empresas de servicio temporales o del tercero que este contratado.” (minuto: 36:58 a 37:50)

En relación con si en su calidad de subgerente científico impartió órdenes o directrices que tuviera que acatar la demandante, indicó que: *“Directamente a ella no, o sea todas las instrucciones se dan a través de la empresa de servicios temporales” (minuto: 37:51 a 38:07)* Agrega que esas órdenes, debían ser cumplidas, expresando que *(...) que muchas de ellas obedecen a normas superiores a nivel, a normas del ministerio de salud, de la secretaria de salud.” (minuto 38:10 a 38:49)*

Frente a quien determinaba las necesidades adicionales señaló:

“Por la misma dinámica, insisto del servicio, voy a poner un ejemplo, se requería una remisión o se requiere una remisión de un paciente que por sus condiciones de salud no puede ser tratado en el Hospital Regional de Sogamoso y es necesario enviarlo a

otra institución prestadora de servicios de salud, si el turno digamos del médico esta ya a punto de terminar voy a poner el ejemplo, cerca a las 7 de la noche y es necesario por la condición de salud del paciente remitirlo de manera urgente, pues ese médico que va a salir a las siete de la noche de turno, a terminar su turno, eventualmente tiene que asumir el rol, si ese fue el papel asignado en ese turno por el líder de urgencias de traslado del paciente y llevarlo a la ciudad de Tunja, a Bogotá, a Bucaramanga a donde este aceptado el paciente, entonces digamos son actividades que se salen del turno programado porque terminaba a las siete de la noche, pero pues por la necesidad misma del servicio, por las características del servicio es necesario que asuma esas funciones adicionales o trabaje ese horario adicional el cual por supuesto también, el Hospital se lo reconoce a la empresa desde el punto de vista económico ese horario adicional digamos, ese horario extra, pero pues son decisiones que se deben tomar por las características del servicio en ese momento y pues no esperar de pronto a la formalidad de que tenga que el supervisor, el subgerente científico comunicarse con la empresa decirle que hay un traslado y esto dilataría, eventualmente la atención de una situación de urgencias que por supuesto no puede esperar en el caso de nuestra actividad.” (minuto: 38:42 a 40:52)

En relación con si al sistema de trabajo por turnos es propio del Hospital Regional de Sogamoso, indicó:

“Si, (...) pues es necesario garantizar la prestación (...) del servicio las 24 horas y, pues obviamente, el tiempo de trabajo o la jornada laboral no puede superar en ningún caso la jornada pues establecida desde el punto de vista de salud ocupacional y desde el punto de vista legal, en razón a esto pues es necesario que se programen diferentes personas para suplir las 24 horas de prestación del servicio continua en la empresa, en el Hospital Regional (minuto:42:03 a 42:47)

Contesta que el salario que recibía la demandante era diferente al que devengaba el médico de planta del Hospital Regional de Sogamoso, aclarando que las funciones de este eran en el área administrativa de calidad y no asistenciales (minuto 48:38 a 49:33)

Expone que la demandante al igual que el personal en misión, debía asistir a aquellas reuniones convocadas por la empresa, de acuerdo a las características propias de la misma, aclarando que si se trataba de y capacitaciones generalmente *asistían todas las personas vinculadas y en misión (minuto: 51:29 a 52:44)* explicando que las actividades asistenciales se convocaban por la Subgerencia científica, la Gerencia de la ESE o en ocasiones la Secretaria municipal o departamental de Salud, también a través de las empresas de servicios temporales a estas reuniones” (minuto: 52:15 a 52:44)

Frente a la pregunta del apoderado de la demandada de la forma en cómo se vinculó la demandante con las empresas contratadas por la ESE, manifestó no conocer si hubo convocatoria, presentó directamente su hoja de vida o ingresó por tener relación familiar con algún trabajador de la empresa, por lo que en general no le consta como se produjo la selección y vinculación de la demandante. (minuto: 01:01:35 a 01:02:05)

11. CASO CONCRETO

En el presente asunto se debe establecer si nos encontramos frente a una relación laboral o ante una desnaturalización del contrato de prestación de servicios, al respecto el Consejo de Estado en varias decisiones⁶ ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto

⁶ Sentencia de 26 de julio de 2018, expediente No. 66001-23-31-000-2011-00243-01(0130-14), CP Rafael Francisco Suarez Vargas.

del empleador, por ello a fin de analizar el caso concreto abordaremos el estudio de estas circunstancias.

La prestación personal del servicio

La prestación personal del servicio consiste en la efectiva ejecución de la labor por parte del trabajador o contratista según sea la modalidad, este elemento exige el desarrollo de todo el esfuerzo personal en el desarrollo de la actividad encomendada.

Al aterrizar este concepto al caso concreto, tenemos que de las copias de los contratos suscritos por la demandante, se puede concluir que, por lo menos para el tiempo de duración de dichos contratos, que la demandante prestó sus servicios de manera personal al Hospital Regional de Sogamoso, en virtud del contrato de prestación de servicios suscrito por ella con el Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S. y la Sociedad TEMINCO S.A.S.

La remuneración

La remuneración constituye la retribución justa en dinero o en especie de la labor ejecutada. En el presente caso se tiene que por los contratos por obra o labor, suscritos entre la señora Susana Castillo Aranguren y con el Grupo Empresarial Gestión y Salud SAS en enero de 2016 (*fl.56-62*), por 192 horas de trabajo, se cancelaría un valor de \$1.648.000 mensuales; con el Consorcio Grupo Empresarial Gestión y Salud suscrito en abril de 2017 en iguales condiciones (*fl.52, 59-60*) y con la Temporal Industrial Colombia S.A.S. suscrito en mayo 22 de 2017, por la misma cantidad de horas (192), un valor de \$2.900.000 (*fl.63-63A*).

Así mismo se encuentra copias de desprendibles de pago de la Temporal Industrial Colombia S.A.S. en las que se refleja la asignación básica menos lo correspondiente a salud y pensión, lo que se plasmó así:

- ✓ Mes de mayo de 2017, por un valor de \$775.388 (*fl.530*).
- ✓ Mes de junio de 2017, por un valor de \$3.243.587 (*fl.532*)
- ✓ Mes de julio de 2017, por un valor de \$2.908.398 (*fl.531*)

Con el Consorcio Grupo Empresarial Gestión y Salud se encuentra comprobante de pago por un valor de \$3.015.000 (*fl.62*), en el que se liquidan 22 días laborados a partir de un salario básico de \$1.287.500, a cuyo resultado de \$944.167, se liquidan otros pagos por valor de \$2.173.833, que aunque no determina el gado, indica que no constitutivos de factor salarial.

De igual forma obra copia de las liquidaciones laborales de la demandante, efectuadas por el Grupo Empresarial Gestión y Salud para los periodos y por los valores que se señalan, documentos en los que se destaca la liquidación de prestaciones sociales por concepto de auxilio de cesantías y sus intereses, prima de servicios y vacaciones, con los siguientes valores:

- Del 2 de septiembre al 31 de diciembre de 2015, por un valor de \$677.786 (*fl.54*).
- Del 1 de enero al 30 de diciembre de 2016, por un valor de \$2.662.775 (*fl.53*).
- Del 1 al 31 de enero de 2016, por un valor de \$323.163 (*fl.51*)
- Del 1 de enero al 30 de marzo de 2017, por un valor de \$1.096.021 (*fl.55*).
- Del 1 de abril al 22 de mayo de 2017, por un valor de \$554.388 (*fl.61*).

Para con la Temporal Industrial Colombia SAS, también obra una liquidación laboral del periodo comprendido entre 23 de mayo al 31 de julio de 2017 (*fl.524*), por un valor de \$1.173.080, que también contiene el pago de las mismas prestaciones sociales.

De igual forma se encuentra copia de la liquidación de la “*Prima a junio de 2017*”, realizado por la empresa TEMINCO SAS por un valor de \$333.800 (fl.529), de donde se desprende el pago de la referida prestación económica, misma que hace parte del petitorio de la demanda que nos ocupa, solo que reclamada al hospital demandado.

Así mismo, obra en el expediente copia de la planilla de pagos a seguridad social en pensión, salud y riesgos, al igual que el pago de aportes a Caja de Compensación Familiar, para los periodos correspondientes a los meses de diciembre de 2016 a abril de 2017 (fls.432-433, 435-436, 438-439 y 441-442).

Acorde con lo hasta aquí expuesto junto con el testimonio del señor Mauricio Cuevas, se establece que para los periodos en mención, las actividades desplegadas por la demandante en favor de la entidad demandada fueron remuneradas por las Empresas Temporales con las cuales el Hospital suscribió el contrato de prestación de servicios, sin que sea dable hacer referencia a los demás tiempos con otras empresas temporales pues no se allegó prueba de los mismos al expediente.

Al respecto es del caso señalar que al apoderado de la parte actora en el curso de la audiencia de pruebas se limita a afirmar que “*en cuanto a los desprendibles de pago son operaciones aritméticas internas de la entidad, lo que no quiere decir que sean fidedignas para el caso*”, sin dar alguna explicación en relación a si lo allí señalado no corresponde con lo cancelado a la demandante y/o allegar prueba al respecto.

La subordinación

Es quizá el aspecto que cobra mayor relevancia en este tipo de controversias en donde se busca demostrar la existencia de un contrato realidad, como lo define el Consejo de Estado⁷ hace referencia a los siguientes aspectos:

“aptitud que tiene el empleador para impartirle órdenes al trabajador y exigirle su cumplimiento, para dirigir su actividad laboral e imponerle los reglamentos internos de trabajo a los cuales debe someterse, “todo dirigido a lograr el objetivo misional trazado”.

Frente a la asignación de turnos, el señor Mauricio Cuevas, en su testimonio explicó que en el Hospital Regional de Sogamoso requiere atención en el servicio de urgencias las 24 horas, todos los días del año, por lo que realiza el correspondiente requerimiento a la empresa terciaria, la que a través de su coordinador quien elabora la lista de turnos, la presenta al Hospital mensualmente y verificado por parte del supervisor del contrato, se desarrolla la agenda de turnos, la cual se debe cumplir de forma estricta para la prestación efectiva del servicio y evitar sobrecarga laboral.

En este orden, el Despacho considera que la obligatoriedad en el cumplimiento de turnos deviene de la adecuada prestación del servicio de salud, por lo que no corresponde a una imposición de carácter laboral al personal médico, vinculado en misión, en el sentido que se obligue a los médicos a prestar sus servicios en horarios sin justificación, máxime cuando los mismos son coordinados por el Hospital Regional de Sogamoso con la empresa terciaria, siempre por necesidades del servicio.

Así mismo, conforme a lo señalado por el señor Mauricio Cuevas en su declaración, el Hospital Regional de Sogamoso no daba órdenes a la demandante, sin embargo, no obstaba para que emitiera directrices desde el punto de vista misional, a través de circulares o comunicados para garantizar la prestación del servicio de salud, las cuales eran extendidas a los trabajadores mediante las empresas terciarias. Por otra parte,

⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de 31 de mayo de 2016, Exp. 05001233300020130081301 (36872014).

indica que es lógico que los líderes de los servicios del Hospital tengan contacto con los médicos en razón a la dinámica del servicio.

Al respecto, se colige que el cumplimiento de horario o recibir instrucciones, no necesariamente implica *subordinación*, se itera son actividades necesarias para la ejecución del objeto del contrato, puesto que si a la contratista le incumbía prestar el servicio de salud, en su calidad de médico, es plausible que se disponga de un horario, puesto que dejarlo a la discreción del contratista se desvirtúa la razón de ser del servicio que se presta. En cuanto a las demás acciones, el Hospital Regional de Sogamoso debe ejercer acciones de coordinación de las actividades a desarrollar por la señora Susana Castillo Aranguren, lo cual no implica que la segunda se someta a órdenes insoslayables, sino que obedece a asegurar el cumplimiento de las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada.⁸

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

En virtud a lo expuesto, la demandante no demostró el elemento de *subordinación*, propio de una relación laboral y en consecuencia no se configuró contrato realidad, tal como lo precisó el H. Consejo de Estado¹⁰ al analizar un caso similar:

En ese orden de ideas, la Subsección reitera que, quien pretende demostrar la existencia de una relación laboral tiene la carga de demostrar fehacientemente la configuración de sus tres elementos, situación que no se observa en el sub examine, en tanto que la sola afirmación del cumplimiento de un horario y la coordinación para ello entre las partes contractuales, a juicio de esta Corporación, no son suficientes para llegar al grado de certeza sobre la existencia del contrato realidad.

En todo caso, de los desprendibles de nómina referidos el en título anterior de esta providencia, se indicó como las empresas contratadas por el hospital, Grupo Empresarial Gestión y Salud Sogamoso y la SAS TEMINCO, incluían en la liquidación laboral, el pago de las mismas prestaciones que reclama la demandante al hospital, lo cual no es admisible de un lado, por otro lado no arrimó prueba que señalara que la base de liquidación de tales prestaciones, fuera inferior a la que devenga un médico general vinculado a la planta de personal de la entidad, por lo que no se tiene si quiera criterio comparable.

⁸ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección 23/06/2005 B Exp.245-03. MP Jesús María Lemos B

⁹ Sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ0039, MP Nicolás Pájaro Peñaranda:

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

¹⁰ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección 16/08/2018 B Exp.3764-15. M.P. William Hernández Gómez

De la continuidad del servicio

La jurisprudencia además de los elementos ya señalados, ha dispuesto como factor indispensable para estructurar la relación laboral, la permanencia y/o continuidad en el servicio. En este punto es del caso señalar que tratándose de empresas temporales, tal y como su nombre lo indica, los usuarios solo pueden adquirir los servicios de los trabajadores vinculados a estas empresas para desarrollar actividades meramente transitorias u ocasionales y no de forma permanente e indefinida, la cual se encuentra sujeta a un límite temporal de seis meses prorrogables por otro tanto, para un máximo de un año, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por lo que en el evento de acreditarse los elementos propios de una relación de trabajo, quien está llamado a responder en este caso es el tercero que se benefició de los servicios prestados por el trabajador, para el caso bajo estudio, el Hospital Regional de Sogamoso.

Conforme a lo hasta aquí expuesto se encuentra demostrado que el Hospital Regional de Sogamoso suscribió sendos contratos de servicios con varias empresas de servicios temporales: Consorcio para el Apoyo de Servicios de Salud ASERSALUD, del 1 de enero de 2015 al 31 de marzo de 2016; con el Consorcio Grupo Empresarial Gestión y Salud Sogamoso del 1 de abril al 31 de marzo de 2017 y del 3 de abril al 31 de agosto de 2017 y con Temporal Industrial TEMINCO S.A.S. del 22 de mayo a 31 de julio de 2017.

Por otra parte, en relación con la suscripción de contrato de trabajo entre la señora Susana Castillo Aranguren y las empresas de servicios temporales con las que el Hospital Regional de Sogamoso celebró contrato de prestación de servicios de salud, obra el Contrato de trabajo por la duración de la obra o labor determinada No. 4602, en el que se establece como fecha de inicio el 1 de enero de 2016, sin terminó de finalización específico, el Contrato Individual de Trabajo por Obra o Labor Determinada por el tiempo comprendido entre el 1 de abril al 22 de mayo de 2017 y Contrato Individual de Trabajo por Obra o Labor Determinada con fecha de inicio del 22 de mayo de 2017 sin fecha de culminación taxativa, los que dan cuenta de la prestación de servicio como médico general de la demandante en el Hospital Regional de Sogamoso a partir del 22 de mayo de 2017, hasta el 31 de julio de 2017.

Al respecto, si bien se logra inferir continuidad en los contratos celebrados entre el Hospital Regional de Sogamoso y las empresas de servicios temporales, no acontece lo mismo con los suscritos por estas últimas con la demandante.

Entonces considera este Despacho que con el objeto de determinar la continuidad en la prestación del servicio de salud prestado por la señora Castillo Aranguren al Hospital Regional de Sogamoso, era necesario allegar la prueba suficiente, que para el efecto son los contratos de trabajo suscritos por la demandante con las distintas empresas de servicios temporales, que a su vez, habían suscrito contratos de prestación de servicios con el Hospital Regional de Sogamoso.

En este orden, la parte demandante no cumplió con la carga de probar sus afirmaciones, por lo tanto no obran pruebas para establecer la efectiva y continua prestación del servicio por parte de la señora Susana Castillo al Hospital Regional de Sogamoso, en la medida que los contratos suscritos entre las referidas empresas de servicios temporales no se especificó el nombre de los galenos con los que se prestaría el servicio.

Ahora, el Tribunal Administrativo de Boyacá¹¹ en un caso similar –no igual- al que se encuentra bajo estudio explicó:

*“Así las cosas, puede concluir la sala, de una parte, que los contratos aportados como prueba documental demuestran que a partir del 18 de marzo de 2005, el Hospital Regional de Moniquirá contrató la prestación de servicios de despacho de farmacia en la sede del hospital con empresas cooperativas de trabajo asociado, que sin embargo **tales contrataciones no demuestran que haya habido continuidad en la prestación del servicio contratado**, y, de otra parte, concluye que dada tal contratación, el hoy demandante pudo haber prestado servicios al Hospital en virtud de esos contratos, y así se concluye porque no se allegó prueba documental que demuestre que el señor xxx haya sido integrante o afiliado de las cooperativas por el Hospital para la prestación de los servicios de farmacia o contratado por estas para prestar ese servicio.*

*Para establecer o desvirtuar esa prestación de servicio por el señor xxxx al hospital demandado, se analiza a continuación la prueba testimonial recaudada en el sublite, apreciándose que si bien los testigos fueron coincidentes en afirmar que el mentado señor se desempeñó en la ESE Hospital Regional de Moniquirá con posterioridad al 2005, año en que se llevó a cabo la supresión de su empleo, en las mismas funciones de auxiliar de farmacia que desempeñaba con anterioridad a ese suceso, y que continuó en esa condición hasta el año 2012, también lo es que **tales declaraciones no permiten definir las fechas en que presuntamente se habría dado la relación laboral, lo que no permite a la sala establecer la continuidad de la prestación del servicio ya que la contratación atrás relacionada, como se aprecia claramente, no es continua, y tal falta de continuidad no se desvirtúa con las declaraciones recibidas en el proceso.** (negrilla fuera de texto).*

En suma, en el presente asunto se establece que la labor médica en el Hospital Regional de Sogamoso es permanente, sin embargo, de lo allegado como prueba al expediente no es suficiente para demostrar que las actividades de la señora Susana Castillo Aranguren se hubieren prestado de manera continua, de hecho no se prueba que hubiere superado seis meses la prestación de sus servicios como médica al Hospital Regional de Sogamoso, carga probatoria que le correspondía a la parte actora para la prosperidad de sus pretensiones.

Las anteriores razones permiten desestimar los argumentos de la demanda tendientes a que se declarara la existencia de contrato realidad y en consecuencia, serán negadas las pretensiones de la demanda acogiendo la regla general sobre la carga de la prueba que señala que el demandado ha de ser absuelto de los cargos o acción del demandante, si este no logró en el proceso probar los hechos constitutivos de su demanda “*actore non probante, reus absolvitur*”-.

12. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS EXCEPCIONES

Teniendo en cuenta que la tesis desarrollada para resolver el problema jurídico planteado obedece a la ausencia de prueba para demostrar la existencia de una relación laboral entre las partes de este proceso, se acomoda a la argumentación señalada por la defensa de la entidad demandada para sostener las excepciones de “*Falta de causa legal para promover la acción*”, “*Cobro de lo no debido*” e “*Inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral*” por lo que se declaran fundadas.

Frente a las demás excepciones denominadas: “*Falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*El oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo*”, por tratarse de argumentación de derecho adjetivo, sin la virtud de atacar las pretensiones de la demanda, por lo cual no es menester pronunciarse.

¹¹ Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Decisión No. 6. M.P. Dr. Félix Alberto Rodríguez Riveros, sentencia del 14 de junio de 2018.

13. CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, se condenará costas a la parte demandante, sujeto procesal vencido en la sentencia, para lo cual se adelantará el trámite previsto en el Código General del Proceso.

Conforme al Acuerdo PSAA-16-10554 de 5 de agosto de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fija como agencias en derecho el 4% del valor de la pretensión más alta estimada en la reforma de la demanda por concepto de auxilio de cesantías pretendido (fl.489).

14. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, *“Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley”*

FALLA:

Primero.- Declarar fundada las excepciones de *“Falta de causa legal para promover la acción”, “Cobro de lo no debido” e “Inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral”* propuestas por la entidad demandada.

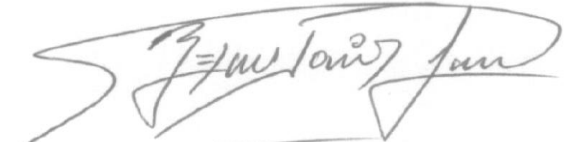
Segundo.- Negar las suplicas de la demanda

Tercero.- Condenar en costas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Cuarto.- Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de la pretensión más alta estimada en la reforma de la demanda por concepto de la liquidación del auxilio de cesantías (fl.489).

Quinto.- Una vez en firme ésta providencia, archívense las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor, previa liquidación de costas y devolución de excedentes a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



NELSON JAVIER LEMUS CARDOZO
JUEZ