



---

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A

**CONSEJERO PONENTE: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D.C. dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

**Referencia:** Nulidad y restablecimiento del derecho  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634–2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García  
**Demandado:** E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

**Temas:** **Relación laboral subyacente o encubierta.** Médico especialista en ginecología y obstetricia. Prueba de la subordinación. Ley 1437 de 2011.

---

## SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

### ASUNTO

Conoce la Sala de Subsección el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del **11 de septiembre de 2019**, proferida por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.



### I. ANTECEDENTES

#### 1. La demanda

El señor Hansel de Jesús Gari García, actuando por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dispuesto en el artículo 138 del CPACA, demandó a la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de



Salud Sur de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., el reconocimiento de las siguientes declaraciones y condenas:

### 1.1. Pretensiones<sup>1</sup>

La nulidad del **oficio OJU-E-825-2017 del 2 de mayo de 2017** a través del cual la jefa de la oficina asesora jurídica de la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., negó el reconocimiento de una relación laboral y el consecuente pago de los derechos laborales generados en virtud de los servicios prestados.

A título de restablecimiento del derecho solicitó condenar a la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, a lo siguiente:

- Declarar que existió una relación laboral durante la ejecución de «la orden No. 6931 de 2014 con vigencia de 13 días, lo mismo que la orden No. 7030 de 2014 con vigencia de 1 mes, lo mismo que la orden No. 54 de 2015 con vigencia de 1 mes, lo mismo que la orden No. 772 de 2015 con vigencia de 2 meses, lo mismo que la orden No. 1521 de 2015 con vigencia de 3 meses, lo mismo que la orden No. 2331 de 2015 con vigencia de 3 meses, lo mismo que la orden No. 3200 de 2015 con vigencia de 1 mes, lo mismo que la orden No. 4021 de 2015 con vigencia de 1 mes, lo mismo que la orden No. 4857 de 2015 con vigencia de 1 mes, lo mismo que la orden No. 86 de 2016 con vigencia de 26 días, lo mismo que la orden No. 875 de 2016 con vigencia de 3 meses, lo mismo que la orden No. 73 de 2016 con vigencia de 3 meses, lo mismo que la orden No. 4701 de 2016 con vigencia de 4 meses, lo mismo que el contrato No. 2886 de 2017 con vigencia de 1 mes, lo mismo que cualesquiera otra vinculación que se produjo».
- Declarar que su vinculación era indefinida, sin fecha previa de retiro y que fue despedido injustamente, en consecuencia, ordenar su reintegro al cargo que desempeñaba o a uno igual o de superior categoría sin solución de continuidad.
- Reconocer y pagar a su favor, debidamente indexadas, las sumas correspondientes a salarios, diferencia salarial entre lo que percibió y lo que recibe un profesional especializado de planta, auxilio de cesantía, intereses de cesantías, primas de servicios, de navidad, extralegales, técnica, de vacaciones, horas extras, vacaciones, bonificaciones, salud, pensión y ARP.
- Devolver los valores retenidos por concepto de retención en la



---

<sup>1</sup> Folios 92 a 98 del expediente.



- fuente y demás descuentos realizados mensualmente.
- Reconocer la indemnización prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no pagar el auxilio de cesantías correspondiente a los años 2014, 2015 y 2016.
  - Pagar la indemnización moratoria dispuesta en la Ley 797 de 1949.
  - Pagar 500 s.m.l.m.v. por concepto de perjuicios morales.
  - Cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.

### **Pretensiones subsidiarias**

De no encontrar procedente el reintegro, a título de indemnización condenar a la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, a lo siguiente:

- Reconocer y pagar a su favor, debidamente indexadas, las sumas correspondientes a la diferencia salarial entre lo que percibió y lo que recibe un profesional especializado de planta, auxilio de cesantía, intereses de cesantías, primas de servicios, de navidad, extralegales, técnica, de vacaciones, vacaciones, bonificaciones, salud, pensión y ARP.
- Devolver los valores retenidos por concepto de retención en la fuente y demás descuentos realizados mensualmente.
- Reconocer la indemnización prevista en el numeral 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no pagar el auxilio de cesantías correspondiente a los años 2014, 2015 y 2016.
- Pagar la indemnización moratoria dispuesta en la Ley 797 de 1949.
- Pagar 500 s.m.l.m.v. por concepto de perjuicios morales.
- Cumplir la sentencia en los términos señalados en los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A.



### **1.2. Fundamentos fácticos<sup>2</sup>**

El señor Hansel de Jesús Gari García fundamentó sus pretensiones en los siguientes hechos:

Laboró como médico especialista en ginecología y obstetricia al servicio de la E.S.E. Hospital Tunjuelito Sede Clínica del Carmen desde el 18 de noviembre de 2014 hasta el 15 de febrero de 2017, cuando fue desvinculado sin causa legal para ello, a través de las siguientes órdenes de servicios:

<sup>2</sup> Folios 102 a 104 del expediente.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

- Orden número 6931 de 2014, con vigencia de 13 días
- Orden número 7030 de 2014, con vigencia de 1 mes
- Orden número 54 de 2015, con vigencia de 1 mes
- Orden número 772 de 2015, con vigencia de 2 meses
- Orden número 1521 de 2015, con vigencia de 3 meses
- Orden número 2331 de 2015, con vigencia de 3 meses
- Orden número 3200 de 2015, con vigencia de 1 mes
- Orden número 4021 de 2015, con vigencia de 1 mes
- Orden número 4857 de 2015, con vigencia de 1 mes
- Orden número 86 de 2016, con vigencia de 1 mes
- Orden número 875 de 2016, con vigencia de 3 meses
- Orden número 73 de 2016, con vigencia de 3 meses
- Orden número 4701 de 2016, con vigencia de 4 meses
- Orden número 2886 de 2017, con vigencia de 1 mes y 7 días

Durante el vínculo contractual ejerció las labores propias de un médico de planta en los servicios hospitalarios, de urgencias, observación, interconsultas y/o ambulatorios de manera personal, subordinada, en cumplimiento de un estricto horario de trabajo y bajo las órdenes de un jefe inmediato.

El 10 de abril de 2017, solicitó a la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur, el reintegro al cargo que desempeñaba y el reconocimiento y pago de todos los emolumentos laborales y la devolución de los descuentos indebidamente realizados durante el vínculo contractual, sin embargo, mediante **oficio OJU-E-825-2017 del 2 de mayo de 2017**, le fue negada su petición.



### 1.3. Normas violadas y concepto de violación<sup>3</sup>

El demandante citó como **normas vulneradas**: Constitución Política artículos 1, 2, 4, 6, 13, 14, 25, 29, 43, 53, 95, 125, 127, 209 y 277; Ley 49 de 1990 artículo 80; Decreto 1250 de 1970 artículos 26 inc. 20, 40, 46 y 61 del Decreto 2400 de 1968; artículos 108, 180, 215, 240, 241 y 242 del Decreto 1950 de 1973; la Ley 790 de 2002; el Decreto 1333 de 1986; artículos 1 y s.s. de la Ley 65 de 1946; el

---

<sup>3</sup> Folios 104 a 120 del expediente.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

Decreto 1582 de 1998; el Decreto 1453 de 1998; la Ley 50 de 1990; la Ley 100 de 1993; la Ley 10 de 1990; los artículos 2, 3, 44 y 138 del CPACA; artículo 21 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 2 Ley 197 de 1938.

Al desarrollar el **concepto de violación** adujo que el acto administrativo demandado debía ser declarado nulo por falsa motivación, toda vez que la entidad demandada no se puede amparar bajo la figura del contrato de prestación de servicios para evadir el pago de las prestaciones sociales que le correspondía asumir en virtud de la relación laboral que mantuvieron, teniendo en cuenta que se configuraron los tres elementos fundamentales esenciales de un contrato de trabajo: la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia y la remuneración o retribución por ese trabajo.

## 2. Contestación de la demanda

La **E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur**<sup>4</sup> se opuso a las pretensiones de la demanda pues aseguró que entre el demandante y esa entidad no existió una relación laboral por cuanto se encontraba vinculado por contratos de prestación de servicios que no generaron el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

En ese sentido, precisó que el vínculo contractual con el demandante se enmarcó en las normas de la Ley 80 de 1993 y que su contratación obedeció a la falta de personal y el gran cúmulo de actividades prestadas por la E.S.E.

De igual manera, afirmó que durante la prestación del servicio como médico especialista en ginecología, el señor Hansel de Jesús Gari García desarrolló sus actividades de forma autónoma e

---

<sup>4</sup> Folios 139 a 158 del expediente.





independiente, es decir, no existió una subordinación sino una coordinación con su supervisor para la correcta ejecución del objeto contractual por el cual fue vinculado.

Propuso las excepciones de (i) caducidad, toda vez que la demanda se presentó por fuera de los cuatro meses establecidos en el artículo 138 del CPACA, (ii) falta de agotamiento de la vía gubernativa, porque en la demanda incluyó unas pretensiones que no se encontraban en la reclamación administrativa y no presentó recursos contra el acto administrativo demandado, (iii) prescripción, del derecho que eventualmente se llegare a reconocer, (iv) pago, (v) inexistencia del derecho y de la obligación, (vi) ausencia del vínculo de carácter laboral, (vii) inexistencia de la primacía de la realidad, (viii) buena fe, (ix) cobro de lo no debido, (x) presunción de legalidad de los actos administrativos, (xi) relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, (xii) compensación, (xiii) oposición, (xiv) inexistencia de perjuicios, (xv) improcedencia de la indemnización solicitada, (xvi) inexistencia de la obligación e imposibilidad de deducir obligaciones y responsabilidad a la demandada, (xvii) cosa juzgada e (xviii) innominada, estas últimas sustentadas en que entre el demandante y esa entidad no existió una relación laboral y que en el marco de los contratos de prestación de servicios le fueron pagados los honorarios que se acordaron motivo por el cual sus pretensiones no estaban llamadas a prosperar.



### **3. Decisiones relevantes en el curso de la audiencia inicial**

El 10 de agosto de 2018, la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca celebró audiencia inicial<sup>5</sup> en la que declaró no probada las excepciones de (i) caducidad, por cuanto no transcurrieron más de cuatro meses entre la notificación y expedición del acto demandado, (ii) falta de

---

<sup>5</sup> Folios 257 a 261 del expediente.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

agotamiento de la vía gubernativa, puesto que, tanto en la solicitud administrativa como en la demanda, hizo los mismos reclamos y no era necesario interponer recursos para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa y (iii) cosa juzgada, toda vez que no se aportaron pruebas de su configuración. En relación con la excepción de prescripción, señaló que se analizaría en la sentencia.

En esa misma diligencia, fijó el litigio en los siguientes términos:

«La controversia se contrae a establecer si durante los contratos de prestación de servicios suscritos entre el actor y la entidad demandada, se configuraron los elementos de la relación laboral y si en consecuencia, hay lugar a declarar que el demandante gozó del estatus de empleado público y ordenar su reintegro a la entidad hospitalaria, así como el reconocimiento de prestaciones sociales, indemnizaciones y aportes al demandante»<sup>6</sup>.

Adicionalmente, declaró fallida la conciliación, manifestó que no se solicitaron medidas cautelares, decretó pruebas e indicó fecha para la audiencia de práctica de las mismas.

#### **4. La sentencia apelada**

El 11 de septiembre de 2019<sup>7</sup>, la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>8</sup> negó las pretensiones de la demanda y se abstuvo de condenar en costas en esa instancia.

Como sustento de lo anterior, aseguró que en el proceso no se aportaron pruebas que llevaran a la certeza sobre la existencia de una subordinación, puesto que los testimonios recaudados y la programación de turnos allegada solo dieron cuenta de la asistencia

---

<sup>6</sup> Reverso folio 259 del expediente.

<sup>7</sup> Folios 283 a 294 del expediente.

<sup>8</sup> «PRIMERO: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda instaurada por Hansel de Jesús Gari de García, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia. [...]».





del demandante a la entidad hospitalaria una vez por semana o dos o tres días seguidos, pero no del cumplimiento de un horario o de órdenes que le fueran impartidas para el desarrollo de las actividades por las que fue contratado.

Al respecto, afirmó que valoradas con mayor severidad y cuidado las declaraciones rendidas por los señores María Consuelo Vargas Barbosa, Brenda Mayerly Osorio y Mayerly Rodríguez Daza, en el entendido que demandaron también a la entidad contra la que se dirige el medio de control, advirtió que no se encontraba acreditado «que el demandante haya cumplido con un horario de trabajo diario, por el contrario se evidencia que cumplía algunos turnos dos o tres veces por semana, inclusive en la planilla de turno, se evidencia que del 4 al 11 de enero de 2016 al actor se le programó una sola vez el turno»<sup>9</sup>.

Asimismo, resaltó que «no se evidencia una subordinación en lo referente a los permisos para ausencias del trabajo, pues no se allegaron escritos que permitan dilucidar dicha situación; además, los testigos en sus declaraciones manifestaron que las directrices se hacían a título verbal, pues la señora Vargas Barbosa señala que “el contacto con los coordinadores es permanente” y “si hay un llamado de atención o felicitación se hace por el coordinador” y “yo creo que en nuestra unidad por ser chiquita los procedimientos se hacen de una forma muy, sin mayores protocolos” y “ los llamados de atención pueden hacerse de cualquier forma, generalmente se hace verbal, a mí nunca me han pasado un escrito” (min: 29:56) y aseguró no tener conocimiento acerca del caso del demandante»<sup>10</sup>.



De acuerdo con lo expuesto, precisó que si bien se indicó en la demanda que existía personal de planta que cumplía las mismas funciones para las que fue contratado el demandante, era claro que

---

<sup>9</sup> Reverso folio 292 del expediente.

<sup>10</sup> Ibidem.



tenían naturalezas distintas, porque los testigos coincidieron en que los horarios y las condiciones eran diferentes, motivo por el cual, tampoco se evidenció la igualdad con dichos trabajadores.

## **5. El recurso de apelación**

**La parte demandante**<sup>11</sup> presentó recurso de apelación contra el fallo proferido por el La Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en lo relacionado con el elemento de la subordinación, pues a su juicio no se atendieron los principios de favorabilidad en materia laboral y la primacía de la realidad al momento de proferirlo y no se valoraron las pruebas allegadas de acuerdo con las cuales la relación laboral sí existió, para lo cual mencionó el interrogatorio de parte que se le practicó y los testimonios de los señores María Consuelo Rojas Barbosa, Mayerli Rodríguez Daza y Brenda Mayerli Osorio Botia, quienes declararon que cumplió un horario de trabajo, se le hicieron llamados de atención y que los ginecólogos de planta Andrés Cortes y Jorge Castellanos cumplían las mismas actividades que él desarrolló.



Asimismo, alegó que según el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, la existencia de una relación laboral es una presunción legal, esto es, era a la demandada la que debía demostrar que esta no existió una subordinación y no a él la obligación de acreditarla y resaltó que, en todo caso, respecto a este elemento, no era necesario probar que trabajó todos los días.

Congruente con lo expuesto, aseguró que «además de la presunción legal en favor del demandante, se demostró en el proceso la existencia de los elementos de la relación laboral, pero la a quo no les dio la validez legal, y las considero insuficientes

---

<sup>11</sup> Folios 291 a 321 del expediente.



omitiendo el más mínimo análisis, pues de haberlo hecho, indudablemente su conclusión habría sido en sentido contrario»<sup>12</sup>.

## **6. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

### **6.1. La parte demandante**<sup>13</sup>

**6.2. La parte demandada**<sup>14</sup> ratificó los argumentos expuestos en la contestación, consistentes en que la relación laboral no existió porque no se demostraron los elementos de su configuración

## **7. Concepto del ministerio público**

El ministerio público guardó silencio como consta en el informe secretarial visible en folio 341 del expediente.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia**

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto y según lo dispuesto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del juez de segunda instancia está circunscrita a los argumentos expuestos por el apelante. No obstante, en caso de que ambas partes hayan apelado la sentencia, el superior resolverá sin restricciones.

### **2.2. Problema jurídico**

De acuerdo con los argumentos que sustentaron la apelación presentada por la parte demandante, se deberá determinar si ¿entre

---

<sup>12</sup> Folio 311 del expediente.

<sup>13</sup> De acuerdo con el informe secretarial visible en folio 341 del expediente.

<sup>14</sup> Índice 13 de SAMAI.





el señor Hansel de Jesús Gari García y la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur se presentó una relación laboral, encubierta a través de órdenes de prestación de servicios?, específicamente, se resolverá ¿si se configuró o no el elemento de subordinación durante la ejecución de los mismos?

Adicionalmente, será necesario establecer el alcance del restablecimiento del derecho, en caso de que haya lugar a este, y si operó la prescripción, respecto de algunos periodos reclamados.

Así las cosas, para resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: (i) marco normativo y jurisprudencial y (ii) caso concreto.

### **2.3. Marco normativo y jurisprudencial**

#### **2.3.1. Sobre la relación laboral o subyacente**

En primer lugar, debe señalarse que existe una clara línea jurisprudencial de esta corporación<sup>15</sup> en la que ha considerado que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende hacia la garantía de los derechos mínimos de las personas, preceptuados en normas respecto de la materia.



De acuerdo con lo anterior, para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos,

---

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 25 de agosto de 2016, expediente 0088-2015, magistrado ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

especialmente que el contratista desempeñó una actividad de la entidad en condiciones de subordinación y dependencia continuada.

*Contrario sensu*, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Es de resaltar que en la sentencia C – 154 de 1997<sup>16</sup>, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad pura y simple y no condicionada de la expresión «cuando no puedan realizarse con personal de planta» del artículo 32.3 de la Ley 80 de 1993, motivo por el cual la diferencia entre una y otra forma de vinculación se encontrará en la continuada dependencia del servidor público, en los términos del literal b del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pero lo anterior no quiere decir que las actividades «relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad» no se puedan adelantar a través de contratistas puesto que precisamente la suprema guardiana de la Constitución Política declaró ajustada al ordenamiento la mencionada expresión.

En ese orden de ideas, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral que se ocultó bajo el ropaje de un contrato administrativo estatal.

---

<sup>16</sup> Corte Constitucional, sentencia C – 154 de 19 de marzo de 1997, magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.





---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

Ello en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. De tal manera se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados<sup>17</sup>.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia y señaló que el pago de las prestaciones que se reconocen como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho y no como reparación integral del daño. Al efecto, expresó lo siguiente:

«Frente al anterior panorama jurisprudencial, 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

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 17 de abril de 2008, expediente 2776-05, magistrado ponente: Jaime Moreno García.





---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

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»<sup>18</sup>.

En cuanto a los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó que no prescriben, debido a que su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque la decisión judicial al declarar la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo<sup>19</sup>.

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó que, aunque es cierto que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda el de la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años<sup>20</sup>.

De igual manera, sobre este punto referido a la prescripción del derecho reclamado en el marco de un contrato realidad, la Sección Segunda de esta Corporación, en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, señaló:

«Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la *“...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las*

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, expediente 0088-2015, magistrado ponente: Carmelo Perdomo Cuéter.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 6 de abril de 2008, expediente 2152-06, magistrado ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de abril de 2014, expediente 131-13, magistrado ponente: Luis Rafael Vergara Quintero.





---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

*relaciones laborales*” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios».

Asimismo, dicha providencia aclaró que el fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes para pensión, teniendo en cuenta la condición periódica del derecho pensional que lo hace imprescriptible.

Finalmente, es de señalar que la Sección Segunda de esta Corporación en sentencia SUJ-025-CE-S2-2021 de 9 de septiembre de 2021<sup>21</sup> estableció las siguientes pautas de unificación frente a varios aspectos del contrato realidad como son: i) el sentido y alcance de la expresión «término estrictamente indispensable» (temporalidad) contenido en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; ii) la delimitación del término de solución de continuidad en los contratos estatales de prestación de servicios que ocultaron la existencia de una relación laboral que se declara, a efectos de determinar la prescripción de derechos; y, iii) improcedencia de la devolución de los aportes a la Seguridad Social en salud efectuados por el contratista.



Al efecto señaló la Sección Segunda:

«[...] **(i) La primera regla** define que el concepto de «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia de 9 de septiembre de 2021, expediente: 1317-2016, magistrado ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas.



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 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 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».

En esta misma providencia expresamente se puso de presente que «aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política<sup>22</sup>.



#### **2.4. Análisis del caso concreto**

Para resolver la controversia, la Sala tendrá en cuenta el acervo probatorio allegado al proceso, cuya autenticidad no fue controvertida por las partes, el cual le permite tener por acreditados los siguientes hechos relevantes:

---

<sup>22</sup> De igual manera mediante Auto del 11 de noviembre de 2021, la Sección Segunda aclaró que el término de la solución de continuidad unificado solo cobra relevancia si se configuran los elementos establecidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, pues, de no estarlo, no existe una relación laboral cuya duración deba ser examinada.



### 2.4.1. Hechos probados

**a) Los contratos celebrados entre el demandante y la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur.** Se encuentra acreditado en el expediente que el señor Hansel de Jesús Gari García celebró las siguientes órdenes de prestación de servicios con la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur<sup>23</sup>:

	Órdenes de prestación de servicios	Objeto	Fecha inicial	Fecha final	Valor contrato
1	6931 de 2014 <sup>24</sup>	1. Prestar servicios asistenciales como Médico de acuerdo a su Especialidad en los servicios hospitalarios. de urgencias observación, interconsultas y/o ambulatorios según la asignación que determine la Institución 2. Prestar los servicios acorde con la programación de la Institución para la atención de los usuarios. 3. Cumplir la meta de producción acordada con el supervisor de paralo, para efectos de las actividades y/o productos contratados.4. Diligenciar correcta y completamente la Historia Clínica en medio magnético y/o físico.5. Diligenciar y presentar adecuadamente los registros del Sistema de Información en Salud los eventos de importancia en Salud Pública acorde con la Normatividad y los que requiera la Institución.6. Cumplir con los Protocolos, Guías, Manuales de Procesos y Procedimientos, Manuales Institucionales y los de Normatividad vigente.7.	18/11/2014	30/11/2014	\$7.200.000.oo
2	7030 de 2014 <sup>25</sup>		01/12/2014	30/12/2014	\$7.200.000.oo
3	54 de 2015 <sup>26</sup>		02/01/2015	30/01/2015	\$9.600.000.oo
4	772 de 2015 <sup>27</sup>		02/02/2015	30/03/2015	\$18.000.000.oo
5	1521 de 2015 <sup>28</sup>		01/04/2015	30/06/2015	\$32.670.000.oo
6	2331 de 2015 <sup>29</sup>		01/07/2015	30/09/2015	\$29.700.000.oo
7	3200 de 2015 <sup>30</sup>		01/10/2015	30/10/2015	\$11.200.000.oo
8	4021 de 2015 <sup>31</sup>		03/11/2015	30/11/2015	\$11.200.000.oo
9	4857 de 2015 <sup>32</sup>		01/12/2015	30/12/2015	\$5.610.000
10	86 de 2016 <sup>33</sup>		04/01/2016	30/01/2016	\$11.220.000
11	875 de 2016 <sup>34</sup>		01/02/2016	30/04/2016	\$33.660.000
12	73 de 2016 <sup>35</sup>		02/05/2016	30/07/2016	\$33.660.000
13	4701 de 2016 <sup>36</sup>		01/09/2016	31/12/2016	\$26.026.000
14	2886 de 2017 <sup>37</sup>		08/01/2017	15/02/2017	\$22.079.417



<sup>23</sup> Folio 14 a 15 del expediente

<sup>24</sup> Folios 175 a 176 del expediente.

<sup>25</sup> Folios 177 a 178 del expediente.

<sup>26</sup> Folios 179 a 180 del expediente.

<sup>27</sup> Folios 22 a 23 del expediente.

<sup>28</sup> Folio 183 del expediente.

<sup>29</sup> Folio 184 del expediente.

<sup>30</sup> Folio 185 del expediente.

<sup>31</sup> Folios 186 a 187 del expediente.

<sup>32</sup> Folios 188 a 189 del expediente.

<sup>33</sup> Folios 14 a 15 del expediente

<sup>34</sup> Folios 14 a 15 del expediente.

<sup>35</sup> Folios 191 a 192 del expediente.

<sup>36</sup> Folios 193 a 196 del expediente.

<sup>37</sup> Folios 197 a 98 del expediente.



**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

		Presentar los documentos requeridos por la Institución. 8- Apoyar actividades derivadas de los convenios docentes asistenciales.			
--	--	--	--	--	--

**b) Solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales<sup>38</sup>.** El 10 de abril de 2017, el señor Hansel de Jesús Gari García le solicitó a la entidad demandada, el reintegro al cargo que desempeñaba en virtud de las órdenes de prestación de servicio, el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales derivadas de esta, en los siguientes términos:

«Conforme a lo anterior y en virtud del principio constitucional de la primada de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación, al haberse presentado todos los elementos de una relación laboral, solicito que la SUBRED DE SERVICIO DE SALUD CENTRO SUR, me reintegre al cargo que venía ocupando al momento de mi despido o a uno de igual o superior categoría y se tenga para todos los efectos salariales y prestaciones que no ha existido solución de continuidad en mis funciones y a título de indemnización, me pague los siguientes conceptos causados durante toda la relación laboral:

1. La diferencia salarial (si la hubiere), entre lo recibido mensualmente por los funcionarios de Planta (carrera) del Hospital, en el cargo denominado profesional especializado, de la E.S.E Hospital Tunjuelito Sede Clínica El Carmen, y lo que se me canceló durante todo el tiempo laborado.
2. El auxilio de cesantía.
3. Los intereses de las cesantías.
4. Las primas de servicios.
5. Las primas de navidad.
6. Las primas técnicas.
7. Las primas extralegales.
8. Las primas de vacaciones.
9. Las vacaciones.
10. Las horas extras.
11. Los recargos nocturnos, dominicales y festivos laborados durante toda la vinculación.
12. Los salarios causados desde la fecha del despido y hasta que se produzca el reintegro.
13. Las bonificaciones a que hubiere lugar y que correspondan al cargo.
14. Los aportes realizados por concepto de salud, pensión y ARP.



<sup>38</sup> Folios 4 a 8 del expediente.



15. Los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente y demás conceptos realizados con cada pago mensual.
16. La indexación de las sumas anteriores.
17. Las indemnizaciones por la no consignación del auxilio de cesantía de los años 2014, 2015, 2016 y 2017.
18. De la misma manera la cancelación de cualquier otro beneficio que resultare en mi favor y que se le cancele a un funcionario del cargo denominado profesional especializado de planta (carrera) del hospital, y que no se haya incluido en la presente solicitud»<sup>39</sup>.

**c) Acto administrativo demandado.** Mediante **oficio OJU-E-825-2017 del 2 de mayo de 2017**, la jefa de la oficina asesora jurídica de la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.<sup>40</sup>, negó la petición del demandante con fundamento en que, de los contratos de prestación de servicios suscritos no se desprenden obligaciones laborales como las pretendidas. Así lo indicó:

«[...] Sea lo primero indicar que no es real que Usted haya laborado para el Hospital Tunjuelito ESE y para la Subred Integrada de Servicios de Salud del Sur ESE, durante el periodo referido por usted.

Es importante indicar que se suscribieron Contratos de Prestación de servicios regidos por el Estatuto de Contratación de la entidad y por las dos posiciones civiles v comerciales los cuales tiene su propio régimen y marco normativo.

En el marco de los diferentes contratos de prestación de servicios, suscritos con el peticionario, en ningún momento desde el Hospital Tunjuelito y desde la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ESE, se generaron órdenes directas al contratista, como usted lo afirma, por el contrario se respetó siempre su autonomía y criterio, en el desarrollo del proceso que apoyó de acuerdo a su perfil.

De tal forma que la apreciación realizada por usted, se encuentra fuera de la realidad.

Si bien es cierto en el Derecho Laboral prima la realidad sobre las formas, esto se debe predicar en todos los aspectos de cualquier tipo de relación, y en el caso que nos ocupa, la realidad es que Usted como contratista, siempre actuó con libertad, con autonomía en el desarrollo de las diferentes relaciones contractuales que se

<sup>39</sup> Folios 9 a 11 del expediente.

<sup>40</sup> Folios 25 a 26 del expediente.





generaron durante el tiempo que prestó sus servicios.

[...] ».

#### **2.4.2. Análisis sustancial**

De acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial citado, las pruebas allegadas al expediente y teniendo en cuenta que el recurso de apelación versó únicamente sobre el elemento de la subordinación, la Sala de Subsección a continuación examinará si durante la vinculación del demandante a la entidad demandada por las órdenes de prestación de servicios que suscribieron, se configuró este presupuesto de la relación labora encubierta o subyacente:

##### **✓ Subordinación y dependencia**

Al respecto, sea lo primero aclarar que en cuanto al elemento de la subordinación no existe una presunción legal como erróneamente lo afirmó el demandante en el recurso de apelación, sino que tratándose de la configuración de una relación laboral subyacente o encubierta, el interesado debe demostrar sí se configuraron o no los presupuestos que la constituyen, tal como ampliamente fue explicado por esta corporación en la sentencia de unificación 25 de agosto de 2016 debidamente reseñada en el numeral 2.3.1. de esta providencia. En ese sentido, tratándose del *sub examine*, se analizará si este presupuesto quedó demostrado.

En relación con la subordinación, la Sala de Subsección observa que además de las órdenes de prestación de servicios se allegaron los siguientes medios de prueba:

##### **Documentales:**

- a. Pagos realizados al demandante por concepto de las órdenes de prestación de servicios que suscribió con la entidad demandada en folios 43 a 69.





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación: 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)**  
**Demandante: Hansel de Jesús Gari García**

b. Cuadros de turnos de diciembre de 2014, enero a diciembre de 2015, enero a abril y septiembre de 2016 y febrero de 2017 en folios 70 a 88 del expediente, en los cuales constan los turnos en que el demandante prestó sus servicios profesionales en la institución hospitalaria demandada. A modo de ilustración, se transcriben algunos de los cuadros de turnos aportados:

GINECOLOGÍA DICIEMBRE DE 2014																																			
MAÑANA	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	M	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J			
Cortés	P				P					C	P	P				P		C	M	P			P												
Castellanos	A				A					P						A	P																V	V	V
Valbuena					CP					P			CP			P							P			A							P		
Cuadros	C	C	A							C	A					C	A						A		A						A		P		
Pulido		E								E						E							E												
Navarro			C	A						C	A								A															P	
Gary					E								E									E	C										E	C	
Ramos									A							A																		A	
Marengo				C							C																								
TARDE	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	M	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J			
Cortés	C										TU																							C	
Castellanos	C	C	C													C																			
Valbuena																																			
Cuadros	P			P																														P	
Pulido																																			
Navarro				X							P	X																						A	
Gary	A		A	A	A					A	A	A				A	A	A	A				A										A	P	
Castro		A			P					A																								A	
Ramos		P								P																								P	
Marengo				P																															
TURNOS	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	M	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J			
Cortés																																			
Castellanos																																			
Valbuena																																			
Cuadros																																			
Pulido																																			
Navarro																																			
Gary																																			
Marengo																																			
DR. PIRAGUA DR. CORTES P. PARTOS A. ADMISIONES E. ECOGRAFÍA TU TUNAL C. CONSULTA DIRECTOR COORDINADOR GINECOLOGÍA X. SALUDABLE CP. COLPOSCOPIA V. VACACIONES M. MORBILIDAD MATERNA																																			

GINECOLOGÍA ENERO DE 2015																																	
MAÑANA	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S		
Cortés		P						C	C	C	P																						M
Castellanos		V			V	V	V	V	V				V	V	V	V					V	V	C										P
Valbuena		A						P	P																								P
Cuadros					P	C	P									P	P																A
Pulido																E																	E
Navarro								A	A							A	A																A
Gary		E																															E
Castro																																	
Ramos						A										A																	A
Marengo																																	
TARDE	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S		
Cortés																TU																	C
Castellanos																																	
Valbuena								C																									C
Cuadros								P																									P
Pulido																																	
Navarro																																	
Gary																																	
Castro																																	
Ramos																																	
Marengo																																	
TURNOS	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S		
Cortés																																	
Castellanos																																	
Valbuena																																	
Cuadros																																	
Pulido																																	
Navarro																																	
Gary																																	
Marengo																																	
DR. PIRAGUA DR. CORTES P. PARTOS A. ADMISIONES E. ECOGRAFÍA TU TUNAL C. CONSULTA DIRECTOR COORDINADOR GINECOLOGÍA X. SALUDABLE CP. COLPOSCOPIA V. VACACIONES M. MORBILIDAD MATERNA																																	





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación: 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)**  
**Demandante: Hansel de Jesús Gari García**

GINECOLOGÍA JUNIO DE 2015																														
MAÑANA	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	M	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA
Cortés	P		C	P	P					M	P	P					C		P				V	V	V	V	V			V
Castellanos	A	A	P						C	P						C	P						P	C	P					C
Valbuena		P		C					P		C	CP				P		C	C				P		CP	A			P	
Cuadros	C				C				A	A	A	A				C	A	C				A	C	C		C			C	
Navarro		X	A	A	A											A	X	A	A				A	A	A	A	P		A	
Marrenco	C	C		C														P				C			P					
Castro													C																	
Gary					E							E								E						E	C			
TARDE	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	M	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA
Cortés	C		C3	C	C					A	TU	C						C	C3				V	V	V	V	V			V
Castellanos									C																					
Valbuena		A							A							A													A	
Cuadros	P		C							P	A						P						P		C					
Navarro			P	X	C											C		X	C				A	P	X	C			C	
Marengo	C	C		P														P				C		P		P				
Castro		P			P				P							P			P				P		P		P		P	
Gary	A		A	A	A						P	A					A	A	A				A	A	A	A	A			
TURNOS	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	M	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA
Cortés	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30
Castellanos																														
Valbuena																														
Cuadros																														
Navarro																														
Marengo																														
Castro																														
Gary							D	N				N				N							N				N			

DR. PIRAGUA DR. CORTES P. PARTOS A. ADMISIONES E. ECOGRAFÍA TU TUNAL C.CONSULTA  
 DIRECTOR COORDINADOR GINECOLOGÍA X. SALUDABLE CP. COLPOSCOPIA V.VACACIONES M. MORBILIDAD MATERNA

GINECOLOGÍA DICIEMBRE DE 2015																																
MAÑANA	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA			
Cortés		C	P	P			P		C	M	P				P		C	P	P				P		M	P		P	C			
Castellanos	C	P					A		P						A	C	P						A	C	P			V	V	V		
Valbuena		P		C	C					P	C					P		C	C				P		C			P	P			
Cuadros	A	A					C		A						C	C	A		A				C	A				A	C	P		
Navarro		X	A	A				X	A	A					A	X	A		A				A	A				A	A			
Marrenco			C				C										C										C		A			
Castro																																
Gary				E							E								E													
TARDE	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA			
Cortés	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	1
Castellanos										TU	C																					
Valbuena		A														C									P				P			
Cuadros			C					P		A						P	C							P	A			P				
Navarro			P	C	A				P	X	A					A	P	C						P	A				A	P		
Marengo				A				A								C		A												A		
Castro		P			P											P																
Gary			A	P							P					A		A	P	A				A		A	P			A	P	
TURNOS	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA			
Cortés	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	1
Castellanos																																
Valbuena																																
Cuadros																																
Navarro																																
Marengo																																
Castro																																
Gary					N						N					N																

DR. PIRAGUA DR. CORTES P. PARTOS A. ADMISIONES E. ECOGRAFÍA TU TUNAL C.CONSULTA  
 DIRECTOR COORDINADOR GINECOLOGÍA X. SALUDABLE CP. COLPOSCOPIA V.VACACIONES M. MORBILIDAD MATERNA





**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación: 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)**  
**Demandante: Hansel de Jesús Gari García**

GINECOLOGÍA SEPTIEMBRE DE 2016																															
MAÑANA	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	
Cortés	AD	P			P		C	AD	P			P		C	P	P			P		C	X	A			P		A	X	A	
Castellanos	C				A	A	P	C				X	X	P	A				A	A	P					A	A	P			
Valbuena	P				X		P					P		C	A				X		C	P					X		CP	P	
Cuadros	C	X	C		X	P	A	C	X			A	A	A					X	P	A						P				
Navarro	A	A					X	A	A					X	C	X					X	A	X					X	A	X	
Marrenco	X				C			X				C			X				C			P				X			P		
Castro																		C													
Gary	E																														
TARDE	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	
Cortés	C	AD			C			TU				C			C				C			C	AD			C		AD	C		
Castellanos														C	A															A	
Valbuena						A							A							A							A				
Cuadros					P		P					P		P					P		P										
Navarro	C					A	A						A	C						C	A	A						P			
Marengo	A				C			C				C		A					C		P					A		C	A		
Castro		P				P	C		P				P	C		P				P	C		P				P	C		P	
Gary	P	A			A			P				A			P				A		A					P		A			
TURNOS	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	S	D	L	MA	MI	J	V	
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	
Cortés																															
Castellanos																															
Valbuena																															
Cuadros																															
Navarro																															
Marengo																															
Castro																															
Gary	N			D				N				N			N								N				N			N	

DR. PIRAGUA DR. CORTES P. PARTOS A. ADMISIONES E. ECOGRAFÍA TU TUNAL C.CONSULTA  
 DIRECTOR COORDINADOR GINECOLOGÍA X. SALUDABLE CP. COLPOSCOPIA V.VACACIONES M. MORBILIDAD MATERNA

**Testimoniales**

En audiencia de pruebas<sup>41</sup> convocada por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de enero de 2019 se recaudó el siguiente testimonio solicitado por la parte demandante:



- ✓ **María Consuelo Rojas (Min.0:05:26 a 0:31:17).** Declaró ser médico especialista en anestesia. Indicó que trabaja como anesthesióloga por contrato en la actual Sub Red del Sur y que conoció al demandante, porque fue su compañero de trabajo por dos años cuando ejercieron sus actividades en el Hospital Materno Infantil del Carmen que en esa época pertenecía al Hospital de Tunjuelito. Manifestó que trabajaban con un sistema de turnos y que **ella trabajaba con el demandante los jueves por la tarde y los jueves por la noche.** Afirmó que **no recordaba exactamente cómo era el horario del demandante,** pero que lo usual era que los médicos laboraran bajo el sistema de turnos con horas variables para cubrir el servicio de las 24 horas. Señaló que no le constaba si el demandante se ausentó de su sitio de trabajo y agregó que los médicos deben ir al lugar de trabajo a atender su trabajo y cumplir con un horario. Dijo que el horario de trabajo asignado a veces quedaba en una planilla y otras veces el coordinador informaba a los médicos su horario de trabajo del mes. Aseguró que había una coordinadora del servicio que se encargaba de velar por el cumplimiento de los deberes y

<sup>41</sup> Folios 272 a 275 y CD en folio 276 del expediente.



obligaciones de los médicos. Indicó que el Dr. Andrés Cortes era el coordinador de ginecología y obstetricia de la época. Dijo que **como miembro del servicio de anestesiología no tenía conocimiento de las directrices del Dr. Cortés a su grupo de trabajo**, pero que en todo caso, los médicos estaban obligados a cumplir con los lineamientos generales para ejercer la profesión y para el beneficio de sus pacientes. Precisó que no tenían metas de número de atención de pacientes, que la meta era la prestación de un buen servicio médico. Aseguró que los llamados de atención se podían realizar de forma verbal, sin embargo, manifestó que a ella no se le llamó la atención **y que no tenía conocimiento si al demandante se le hicieron.**

- ✓ **Mayerly Rodríguez Daza (Min. 0:032:04 a 0:45:18)** Manifestó que trabaja como auxiliar de enfermería en el Hospital del Carmen. Dijo que ella trabajaba en la sala de partos en turnos de la noche y los horarios eran lunes, jueves y viernes, que conoció al demandante del año 2014 a 2017 y que ella atendía con él, partos, cesáreas, legrados, dependiendo de la paciente. Señaló **que no sabía cuántas horas prestaba el servicio el demandante.** Manifestó que las órdenes eran el buen trato al paciente y que el jefe inmediato era el Dr. Andrés Cortés de los Ríos, quien era médico de planta ginecólogo. Precisó que en la época en que laboró el demandante solo habían dos médicos ginecólogos de planta, el Dr. Cortes y el Dr. Jorge Enrique Castellanos. **Que las órdenes del Dr. Andrés Cortés de los Ríos al demandante era el cumplimiento de horario el buen trato con los pacientes**, que no sabía más. Expresó que ella estaba vinculada por contrato de prestación de servicios al Hospital, que no tuvo conocimiento de ausencias del demandante a la institución hospitalaria y que él laboraba más o menos 200 horas al mes, los lunes, jueves, viernes y a veces los fines de semana, dependiendo de la disposición del cuadro de turnos que era aplicable a todos los médicos y enfermeras de la entidad demanda, que actualmente se manejaba un cuadro de turno para los de planta y para los de contrato. Explicó que los médicos de planta tienen un tiempo fijo pero los de contrato a veces se pueden exceder del horario.
- ✓ **Brenda Mayerly Osorio (Min. 0:46:08 a 0:55:14):** Indicó que trabajó con el demandante en la Clínica del Carmen desde noviembre de 2014 hasta el 2017, que ella laboraba como auxiliar de enfermería en la dependencia de ginecología y sala de partos. Aseguró que el demandante laboraba los lunes, jueves, noches, días y fines de semana, que tenía entendido que su coordinador era el Dr. Andrés Cortés quien hacía los cuadros de turnos. Afirmó que habían dos planillas una para los que estaban por planta y la otra para los de contratos. Que solo habían dos médicos de planta y que eran las mismas actividades para estos y para los de contrato. Expresó que no tenía conocimiento si los trabajadores de planta y los de contrato tenían el mismo horario. Aseguró que el demandante nunca se ausentó de las labores y que no tenía conocimiento si él recibía instrucciones del coordinador.





### **Declaración de parte**

- ✓ **Hansel de Jesús Gari García (Min. 0:57:56 a 1:02:24** Por solicitud de la parte demandada se interrogó al demandante el cual afirmó que sus obligaciones comprendían la atención a las pacientes de urgencias, partos, cesarías, cirugías, legrados. Dijo que un horario establecido en un cuadro de turnos y que las funciones de los médicos de planta y los contratistas eran iguales. Indicó que recibió llamados de atención por el Dr. Cortés y la coordinadora general de la Clínica, la jefe Sonia Castañeda, de forma verbal y escrita, por correo electrónico. Indicó que podía ejercer sus actividades en otro hospital y que lo hizo durante su vinculación a la entidad demandada. Afirmó que era difícil ausentarse y que las pocas veces que debió hacerlo habló con el coordinador para ver si había otra persona que podía cubrir su turno. Además, dijo que no presentó ninguna inconformidad con el hospital y que desde que llegó a la unidad en 2014 ya existían médicos por contratos y solo dos de planta.

Ahora bien, en criterio de esta Sala de Subsección, una vez valoradas en conjunto las pruebas documentales aportadas y las testimoniales recaudadas, se concluye que no otorgan certeza sobre la existencia de subordinación o falta de autonomía del señor Hansel de Jesús Gari García como médico especialista en ginecología y obstetricia en la ejecución de sus actividades contractuales, puntualmente en la i) imposición de un horario para la realización de las actividades contratadas y ii) la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, esto es, su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual.



(i) Los objetos de los contratos suscritos por el demandante consistían en prestar sus servicios profesionales como médico de acuerdo con su especialidad en los servicios hospitalarios, de urgencias, observación, interconsultas y/o ambulatorios de acuerdo con la asignación que determinara la institución hospitalaria.

(ii) Dichas actividades no implican *per se* una subordinación, pues de los cuadros de turnos allegados, correspondientes al mes de



---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

diciembre de 2014, enero a diciembre de 2015, enero a abril y septiembre de 2016 y febrero de 2017, visibles, en folios 70 a 88, se advierte que el demandante no asistía todos los días a la entidad demandada, sino que sus actividades se desarrollaban algunos días a la semana.

A propósito, nótese que la testigo María Consuelo Rojas laboraba en el servicio de anestesiología y afirmó que por esa circunstancia no conocía específicamente el horario del demandante y tampoco si se le hicieron llamados de atención o no. Por su parte, la testigo Mayerly Rodríguez Daza tampoco ofreció certeza sobre el horario laboral pues al principio de su declaración indicó que no conocía cuántas horas prestaba el servicio el demandante, pero después dijo que 200 horas al mes, los lunes, jueves, viernes y a veces los fines de semana, dependiendo de la disposición del cuadro de turnos establecido por el coordinador Dr. Andrés Cortés. Lo mismo sucedió con la tercera testigo, Brenda Mayerly Osorio, quien se limitó a decir que el demandante laboraba los lunes, jueves, noches, días y fines de semana, pero sin ofrecer claridad durante qué periodos y si esa frecuencia se presentó por todos los periodos de vinculación del demandante.



(ii) Los cuadros de turnos frente a los testimonios recaudados, no dan certeza sobre el cumplimiento de un horario laboral presuntamente establecido por la entidad demandada, sino que demuestran la coordinación necesaria para el ejercicio de las actividades por las que el demandante fue contratado. En ese sentido ninguna de las tres testigos ofrece certeza sobre el cumplimiento de un horario laboral, sin embargo, son coincidentes en la existencia de un cuadro de turnos, lo que efectivamente concuerda con las pruebas documentales aportadas, circunstancia que además manifestó el demandante en la declaración de parte.



(iii) En punto a la demostración de la subordinación debe recordarse que, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, no toda relación de servicios implica necesariamente la existencia de este elemento, ya que entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación de actividades, donde el segundo es libre de someterse a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, como: a) un horario; b) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores y, c) tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

(v) Tales aspectos, que conciernen a la demostración del elemento subordinación, acorde con criterios que rigen la actividad probatoria, pueden ser acreditados a través de documentos, y testimonios de terceros, imparciales y directos que hubieren presenciado las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron desarrolladas las actividades realizadas por el demandante en cumplimiento de los contratos celebrados con la entidad demandada, pues se hace indispensable para el fallador obtener certeza de la constante sujeción a normas, reglamentos y directrices del contratante que impidan al contratista actuar con total libertad en el cumplimiento del objeto contractual, empero, en el presente caso las pruebas documentales - solo reposan los cuadros de turnos, además de las órdenes de servicio- no son diáfanas en acreditar los hechos indicadores de una subordinación, específicamente la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*.

Por lo expuesto, para esta Sala el acervo probatorio obrante en la actuación no es concluyente en relación con la configuración del





elemento de subordinación, toda vez que (i) los cuadros de turnos acreditan la prestación del servicio por el que fue contratado él demandante pero no dan cuenta que debía cumplir un horario laboral para el desarrollo de las actividades contratadas o la inserción en el círculo, organizativo y disciplinario de la entidad demandada y (ii) no se demostró que al demandante se le impartieran órdenes, puesto que los testimonios no son diáfanos en relación con este aspecto y no existe ninguna prueba documental que los soporte siendo imposible develar que existió una posible subordinación, por consiguiente, no se demostró que entre el señor Hansel de Jesús Gari García y la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur existió una relación laboral subyacente o encubierta. En consecuencia, no hay lugar al pago de prestaciones sociales solicitado de tal manera que la providencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, será confirmada.

## 2.5. **Condena en costas**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho, los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

Atendiendo esa orientación y de conformidad con el numeral 3 del artículo 365 del Código General del Proceso, la Sala condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, toda vez que el recurso de apelación que presentó fue resuelto desfavorablemente y se generó su causación con la intervención de la entidad demandada en esta instancia procesal.





---

**Nulidad y restablecimiento del derecho**  
**Radicación:** 25000 23 42 000 2017 05031 01 (6634-2019)  
**Demandante:** Hansel de Jesús Gari García

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 11 de septiembre de 2019, proferida por la Subsección F de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho del señor Hansel de Jesús Gari García en contra de la E.S.E. Subred Integrada de Servicios de Salud Sur de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante de acuerdo con las razones señalados en la parte motiva de este fallo.

En firme esta decisión devuélvase el expediente al Tribunal de origen y efectúese las anotaciones en el programa SAMAI.



**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión del dos (2) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**  
Firmado electrónicamente

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**  
Firmado electrónicamente

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**  
Firmado electrónicamente

La anterior providencia ha sido firmada electrónicamente y se encuentra visible en su respectivo expediente digital, el cual esta disponible en el **Sistema de Gestión Judicial del Consejo de Estado – SAMAI**, al que puede acceder escaneando el código QR visible en este documento o visitando la página web <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080>