RESOLUCIÓN No. 649 DE 2018
18 DE DICIEMBRE DE 2018

"POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA EL ACTO ADMINISTRATIVO NO. 01-GER-005928-S-2018, DEL 23 DE OCTUBRE DE 2018, EXPEDIDO POR LA ESE CARMEN EMILIA OSPINA".

LA GERENTE DE LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO "CARMEN EMILIA OSPINA", en uso de sus atribuciones legales y en virtud de lo dispuesto en los Artículo 79, 80 de la Ley 1437 de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" demás normas concordantes y

CONSIDERANDO;

Que mediante escrito con radicación de ingreso 01-GER-005049-E-2018 del 23 de noviembre de 2018, la doctora NIDIA ZULEIMA BASTIDAS ANDRADE, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.075.260.190 de Neiva (H) y Tarjeta Profesional No. 288.732 del C.S. de la Judicatura, actuando como apoderada de la señora MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.311.170 de Neiva, interpuso recurso de reposición contra el acto administrativo 01-GER-005928-S-2018 del 23 de octubre de 2018, con el fin de que la ESE Carmen Emilia Ospina modifique la decisión adoptada en el acto administrativo recurrido y en consecuencia se declare que entre la señora MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE y la ESE CARMEN EMILIA OSPINA, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el dos (2) de agosto de 2012 extendido hasta el primero (01) de agosto de 2017, en el que se desempeñó como auxiliar de enfermería y que en virtud de esa relación legal y reglamentaria proceda la entidad accionada a cancelar a título de indemnización el pago de todas las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales a los que tiene derecho.

Como fundamento del recurso de reposición, la apoderada judicial trae a colación el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y apartes jurisprudenciales, concluyendo que "*un contrato de prestación de servicios es aquel, por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual, situación que con mi poderdante, la señora* ***MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE*** *no se dio, por cuanto el cargo que ella desempeñaba en la* ***ESE CARMEN EMILIA OSPINA DE NEIVA*** *era el de Auxiliar de Enfermería, el cual requiere para su desarrollo el cumplimiento de un horario de trabajo que le era asignado mediante cuadro de turnos mensuales, donde según la necesidad del servicio se fijaban turnos diarios de: 12 horas, 9 horas, 7 horas, y los Nocturnos: de 12*

horas, cuadros que eran realizados por la Enfermera Jefe del Servicio con el aval de los coordinadores y jefes de Zona, siendo los mismos de obligatorio cumplimiento, estableciéndose claramente para el caso en concreto, los elementos de subordinación y dependencia, consistentes en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, tipificándose claramente un contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios.

En consecuencia, refiere que durante el tiempo en que la señora **MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE,** prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la **ESE CARMEN EMILIA OSPINA,** y según el material probatorio se presentó una verdadera relación laboral, por lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor de la contratista en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 constitucional, así mismo, aduce que la entidad no puede desconocer derechos de un trabajador bajo el argumento que su planta de trabajo es insuficiente, reiterando la solicitud de revocatoria de la decisión adoptada mediante acto administrativo No. 01-GER-005928-S-2018.

Previo a resolver de fondo el recurso de reposición interpuesto contra el acto administrativo No. 01-GER-005928-S-2018, se considera necesario precisar que el mismo se resolverá bajo los preceptos de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" y una vez analizado en su integridad, se observa que cumple con lo dispuesto en el artículo 76 y 77 de la mencionada ley que consagra la oportunidad, presentación y los requisitos que deben reunir los recursos contra los actos administrativos, por lo que al cumplir con los requisitos legales, se procede a dar el respectivo trámite, resolviéndolo en los siguientes términos:

Una vez analizados los motivos de inconformidad del recurrente, nos permitimos manifestar que no es posible acceder al reconocimiento de una relación laboral ni al consecuente pago de prestaciones sociales reclamadas, por cuanto dentro del material probatorio aportado no existe prueba siquiera sumaria de la subordinación y al ser un elemento determinante a la hora de pretender la declaratoria de una relación laboral no es posible su reconocimiento sin la acreditación del mismo.

Adicional a lo anterior, se observa que el único fundamento factico expuesto por la recurrente para sustentar la subordinación, es la existencia de unos cuadros de turnos, sin embargo, dicha situación obedece a actividades de coordinación en la cual el contratista de manera autónoma concertaba los turnos que iba a realizar con el jefe de enfermería los cuales se pueden modificar cuando el contratista lo requiera. Ahora bien, frente al cumplimiento de un horario el Consejo de Estado ha desarrollado un fuerte precedente jurisprudencial en torno a la materia, al referirse que **un horario o jornada dentro de un contrato de prestación de servicios NO CONSTITUYE PER SE LA EXISTENCIA DE**

UNA RELACIÓN DE SUBORDINACIÓN. En el mismo sentido, el Máximo Colegiado de lo Contencioso Administrativo ha considerado que la existencia de un horario puede no ser determinante de la subordinación, *por cuanto constituye una concertación entre las partes para desarrollar el objeto del contrato* (sentencia de 19 de febrero de 2004 expediente 0099-03 - sentencia de 30 de noviembre de 2006 expediente 6507-05).

Por otra parte, del contenido obligacional de los contratos se desprende que las actividades fueron claramente definidas, obligaciones que por su naturaleza permitían que la reclamante las ejecutara con plena autonomía, precisamente porque nadie le decía cómo atender ejecutar sus actividades pactadas contractualmente.

Corolario de lo anterior, no queda la menor duda que se trata de una vinculación de carácter contractual civil. Al respecto el Consejo de Estado ha negado las pretensiones de esta naturaleza en sentencia de 27 de noviembre de 2003 expediente 5719-02, (por solo citar una), cuando el contrato ha definido claramente las actividades a ejecutar:

> ***"no hay duda para la sala [de] que la vinculación que tuvo el actor con la entidad municipal se halle por fuera de los lineamientos propios de la relación laboral, pues los términos en que quedó pactada expresamente por ambas partes en los respectivos contratos, excluyen cualquier tipo de vinculación laboral".***

Así las cosas, en el caso concreto, tenemos que la señora MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE no acredita los requisitos esenciales para la existencia de una relación laboral, y en especial el de la SUBORDINACIÓN o DEPENDENCIA, siendo este el elemento que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta, por lo que no es posible aplicar el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

Vale recordar, que el pago de prestaciones sociales y demás emolumentos solicitados, no son procedentes al tratarse de una relación de carácter civil, por tal razón no le asiste fundamento legal para exigir su pago, sumado a que los honorarios pagados según lo dispuesto por el valor del contrato fueron cancelados en su oportunidad en razón de haber presentado la cuenta de cobro habiendo cumplido a satisfacción el objeto del contrato.

Por lo antes expuesto, me permito manifestar que no es procedente acceder a la solicitud realizada por usted en calidad de apoderada de la señora MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE, y por lo tanto, se mantiene incólume la decisión adoptada en el acto administrativo No. 01-GER-005928-S-2018, mediante la cual se abstiene de reconocer la existencia de un contrato realidad y demás emolumentos reclamados, con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE CARMEN EMILIA OSPINA y la señora MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE, considerando que no se ha configurado una relación de naturaleza laboral

En mérito de lo expuesto, la Gerente de la ESE Carmen Emilia Ospina,

RESUELVE;

PRIMERO: Reconocer personería jurídica para actuar a la doctora NIDIA ZULEIMA BASTIDAS ANDRADE, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.075.260.190 de Neiva (H) y Tarjeta Profesional No. 288.732 del C.S. de la Judicatura, para que actué como apoderada de la señora MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE, identificada con cédula de ciudadanía No. 36.311.170 de Neiva, en los términos del poder conferido.

SEGUNDO: Confirmar en todas sus partes el contenido del oficio No. 01-GER-005928-S-2018 de fecha 23 de octubre de 2018, emanado por la ESE CARMEN EMILIA OSPINA, que decidió abstenerse de reconocer la existencia de un contrato realidad y demás emolumentos reclamados, con ocasión de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE CARMEN EMILIA OSPINA y la señora MARY LEIDY BASTIDAS ANDRADE, considerando que no se ha configurado una relación de naturaleza laboral.

TERCERO: Notificar el contenido del presente acto administrativo en los términos contenidos del artículo 67 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

CUARTO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno y con ella se entiende agotada la vía administrativa, de conformidad con el Artículo 74 numeral 2° inciso 3° y el artículo 87 numeral 2° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011.

QUINTO: El presente acto administrativo rige a partir de la fecha de su expedición.

Dada en Neiva, a los 18 DIC 2018

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ERIKA PAOLA LOSADA CARDOZA
Gerente

Revisó: Nubia Rocio Aguilar Becerra
Asesora Jurídica.

Proyectó: Anyi Manrique
Apoyo jurídico.