

**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA**



Bogotá D. C., treinta (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

Sentencia Número 040 de 2019

SIMPLE NULIDAD
RADICACIÓN NÚMERO: 1100133340012016 00272 00
ACCIONANTE: COLEGIO MÉDICO COLOMBIANO
ACCIONADA: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE

Agotado el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo hasta ahora actuado, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del medio de control de **NULIDAD SIMPLE** incoado a través de apoderado judicial por la entidad sin ánimo de lucro **COLEGIO MÉDICO COLOMBIANO** contra la **SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E.**, en los términos establecidos en el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

I. ANTECEDENTES.

1. SÍNTESIS DEL CASO

Mediante el Acuerdo 641 de 6 de abril de 2016, el Concejo Distrital de Bogotá ordenó la fusión de varias Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C., que se agruparían en una entidad denominada Subred Integrada de Servicios de Salud de orden distrital; en el caso de las ESE de Pablo VI Bosa, del Sur, Bosa, Fontibón y Occidente de Kennedy, se unieron en la “Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE”.

Conforme a las atribuciones otorgadas por el Decreto Distrital 171 de 8 de abril de 2016 expedido por el Alcalde Mayor de Bogotá, la Gerente en el periodo de transición de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, emitió la Resolución No. 358 de 13 de julio de 2016, por la cual se adoptó la Tabla de Honorarios para las Personas Naturales que se vinculen mediante la modalidad de contratación directa de la prestación de servicios.

2. DEMANDA.

En escrito presentado el 2 de septiembre de 2016 (fl. 37), ante la Oficina de Apoyo Judicial para los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, mediante apoderado judicial, la entidad sin ánimo de lucro COLEGIO MÉDICO COLOMBIANO, promovió el medio de control de NULIDAD, contra la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE ESE, a través del cual solicitó la nulidad de la Resolución 358 de 13 de julio de 2016 expedida por la mencionada entidad pública (fl. 3).

Posteriormente, en auto proferido por este despacho en audiencia inicial celebrada el 16 de agosto de 2017, se encontró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Secretaría Distrital de Salud – Alcaldía Mayor de Bogotá, por lo que se ordenó su desvinculación al proceso, estableciéndose únicamente en el extremo pasivo de la litis, a la empresa social del estado SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., por ser quien expidió el acto acusado.

2.1 NORMAS JURÍDICAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Constitucionales: Artículos 25, 26 y 53 de la Carta Política.

Internacionales: Artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículos 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales;

Legales: Artículo 1, numeral 7 de la Ley 23 de 1981; artículo 18 de la Ley 1751 de 2015; artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968; artículos 29 y 117 de la Ley 1438 de 2011; y el artículo 29 de la ley 1164 de 2007.

Con base en las normas enunciadas, la parte actora propuso varios cargos en todo el cuerpo de escrito, que se pueden sintetizar en lo siguiente:

En primer lugar, en los hechos del libelo demandatorio se formuló tácitamente las causales de nulidad por **expedición irregular del acto administrativo censurado, con falsa motivación, y falta de competencia para proferirlo**, en el entendido que tratándose de vinculación laboral en la entidad demandada (i) *están prohibidos los*

contratatos de prestación de servicios (sic) y que no existe competencia para fijar tarifas por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE (fl. 6).

De otro lado, alegó que la Resolución 358 de 13 de julio de 2016 proferida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, es violatoria de los derechos al trabajo y a un salario justo, de los profesionales de la salud que se encuentran vinculados a la entidad a través de contratos de prestación de servicios y de apoyo a la gestión, pues se crearon tarifas sin la más mínima planeación o consideración con el costo de las carreras profesionales que se requieren para ocupar los cargos, contra el beneficio o utilidad en la labor ejecutada.

En el mismo sentido, afirmó que las tarifas que fueron establecidas en modo alguno satisfacen las necesidades de las personas naturales vinculadas, pues son bajas y se encuentran estancadas desde hace más de diez (10) años; por lo tanto, en garantía de lo establecido en los artículos 25, 26 y 53 Constitucionales deben protegerse los derechos de los trabajadores a la remuneración mínima vital, y móvil a fin de asegurar su subsistencia.

Aseguró que el acto administrativo demandado se constituye en una clara limitante para que los profesionales de la salud vinculados por OPS (orden de prestación de servicios) a la entidad, tengan una contratación laboral con generación de ingresos justos y correspondientes a los estudios y experiencia que ostentan, conforme lo ordena el artículo 1, numeral 7 de la Ley 23 de 1981, y desconociendo las normas internacionales de protección al derecho al trabajo digno integrados en el bloque de constitucionalidad, especialmente el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los artículos 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sostuvo que el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, por medio del cual se faculta a las empresas sociales del estado para desarrollar sus funciones mediante contratación de terceros, fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en Sentencia C-171 de 2012, en el entendido de que la contratación no puede darse para ejecutar funciones permanentes o propias de la entidad, o que puedan llevarse a cabo por el personal de planta de la ESE o cuando no requieran conocimiento especializados ajenos a la misma.

Finalmente, indicó que el acto administrativo desconoció la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sentencia de constitucionalidad C – 614 de 2009, expuso que el ordenamiento jurídico colombiano ha prohibido la vinculación a través de contratos de prestación de servicios de personas que desempeñen funciones permanentes en la administración pública, pues corresponde a una regla fundamental derivada de los artículos 122 y 125 de la Constitución Política; bajo los mismos argumentos citó fragmentos de la sentencia C-717 de 2012.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

3.1 Parte demandada: Bogotá Distrito Capital – Secretaría Distrital de Salud (fls. 67-73)

La entidad del orden distrital se opuso a las pretensiones de la demanda, formulando la excepción previa de falta de legitimación en la causa por pasiva, que fue resuelta de manera favorable en audiencia inicial de 16 de agosto de 2017 por este despacho, por lo que se ordenó su desvinculación del proceso. Decisión notificada en estrados frente a la cual no se formularon recursos, por lo que se encuentra en firme.

3.2 Parte demandada: Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. (fls. 51-53)

El apoderado de la Empresa Social del Estado creada por el Concejo Distrital dio respuesta al medio de control incoado, oponiéndose totalmente a las pretensiones de la demanda, encauzando sus argumentos en que el acto administrativo demandado, nunca fue publicado, por lo que no tuvo vigencia en el régimen normativo, ni tampoco nació a la vida jurídica.

Sostuvo que mediante el artículo primero de la Resolución 397 de 21 de julio de 2016 se modificó la entrada en vigencia del acto demandado (Resolución 358 de 13 de julio de 2016) para el 1 de septiembre de 2016 y posteriormente se dispuso la derogatoria de ambos actos, través de la Resolución 413 expedida el 26 de julio de 2016 por la Gerencia de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E.

Comentó que el Acuerdo 017 de 1997 emanado por el Concejo de Bogotá D.C. creó a las Empresas Sociales del Estado en subredes de servicios de salud, y les otorgó personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, para aprobar y ejecutar normas propias de obras, mantenimiento, bienes y servicios para desarrollar

su objeto misional; bajo dicha atribución la entidad demandada expidió el Manual Interno de Contratación (Acuerdo 23 de 5 de noviembre de 2003), y estableció la tabla de honorarios para la contratación de servicios asistenciales y administrativos mediante el acto que se demanda.

Finalmente manifestó que la Resolución demandada 358 de 2016 fue derogada expresamente por la Resolución 413 de 26 de julio de 2016, por lo que no existe causa actual para demandar, más aun cuando el acto nunca fue publicado, por lo que no generó efectos y perdió eficacia antes de su nacimiento.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Dentro de la audiencia de pruebas, celebrada el día siete (7) de junio de dos mil dieciocho (2018), se procedió a dar aplicación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 181 del C.P.A.C.A., esto es, se les otorgó a las partes del proceso la oportunidad de presentar alegatos de conclusión por escrito.

La parte accionada allegó en oportunidad su escrito con los argumentos de cierre en el medio de control, con nuevas precisiones frente a la vigencia del acto demandado, en el sentido de que al no haberse encontrado constancia de publicación del mismo, no quedó en firme y no produjeron efectos jurídicos (fls. 145-147).

El mandatario judicial del Colegio Médico Colombiano reiteró lo dicho en el escrito de demanda, insistiendo en que la Resolución 358 de 13 de julio de 2016 desconoció las sentencias C – 614 de 2009 y C-171 de 2012, que prohíben la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicio y apoyo a la gestión, cuando se trate de ejercer funciones propias de la entidad (en salud) (fls. 148-150).

II. EL PROCESO

1. LAS PARTES

A. Entidades demandadas: SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E., y el DISTRITO CAPITAL – SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD DE BOGOTÁ.

B. Demandante: COLEGIO MÉDICO COLOMBIANO.

2. ACTUACIÓN PROCESAL DEL DESPACHO

Mediante providencia datada el día cinco (5) de julio de dos mil diecisiete (2017), se fijó fecha para la celebración audiencia inicial, en la cual en etapa de decisión de excepciones previas se resolvió declarar como probada la de falta de legitimación en la causa por pasiva por parte de la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría Distrital de Salud, y se ordenó su desvinculación del proceso.

En la misma diligencia se surtieron el resto de las etapas contempladas en el artículo 180 del C.P.A.C.A., ordenando la práctica de pruebas documentales pendientes de recaudo; finalmente, se dio traslado de las mismas en audiencia de pruebas de 7 de junio de 2018 y se dispuso conceder el término previsto para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión por escrito.

No se observa causal de nulidad que pudiese invalidar el proceso y, en consecuencia, procede el Despacho a proferir decisión de fondo, previas las siguientes:

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. COMPETENCIA

El Despacho es competente para conocer en primera instancia la demanda de nulidad puesta a consideración, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

2. FIJACIÓN DEL LITIGIO Y PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo lo dispuesto en el numeral 7º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dentro de la audiencia inicial, se procedió a fijar el litigio, estableciéndose, los siguientes hechos como relevantes:

¹ “**Artículo 155. Competencia de los Jueces Administrativos en primera instancia** “Los Jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas...”.

Hechos: El Despacho se permite aclarar que por error del demandante, radicó el escrito de demanda y los respectivos traslados, con los folios contentivos de los hechos no continuos, correspondiendo a los folios 4 y 6 del cuaderno principal del expediente judicial, por lo que en este momento el Despacho procederá a señalarlos de manera organizada, superando el error de foliatura de la demanda:

- i. El Concejo de Bogotá en el artículo 2 del Acuerdo 641 del 6 de abril de 2016, señaló:

"(...) Fusionar las siguientes Empresas Sociales del Estado, adscritas a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá, D. C, como sigue:

Empresas Sociales del Estado de: Usme, Nazareth, Vista Hermosa, Tunjuelito, Meissen y El Tunal se fusionan en la Empresa Social del Estado denominada "Subred Integrada de Servicios de Salud Sur E.S.E."

Empresas Sociales del Estado de: Pablo VI Bosa, del Sur, Bosa, Fontibón y Occidente de Kennedy se fusionan en la Empresa Social del Estado denominada "Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE."

Empresas Sociales del Estado de: Usaqué, Chapinero, Suba, Engativá y Simón Bolívar se fusionan en la Empresa Social del Estado denominada "Subred Integrada de Servicios de Salud Norte E.S.E."

Empresas Sociales del Estado de: Rafael Uribe, San Cristóbal, Centro Oriente, San Blas, La Victoria y Santa Clara se fusionan en la Empresa Social del Estado denominada "Subred Integrada de Servicios de Salud Centro Oriente E.S.E."

PARÁGRAFO 1. Cada una de las cuatro Empresas Sociales del Estado producto de la fusión prestarán servicios integrales de salud de todos los niveles de complejidad y se articularán en una sola Red Integrada de Servicios de Salud Distrital de conformidad con el artículo 25 del presente Acuerdo.

PARÁGRAFO 2. Los nombres de las actuales unidades de prestación de servicios de salud deberán conservarse para efectos de la identificación por parte de la ciudadanía.

PARÁGRAFO 3. En cada una de las subredes de prestación de servicios de salud se desarrollará una central de urgencias de conformidad con las necesidades de la población, la demanda de servicios y la accesibilidad geográfica.

PARÁGRAFO 4. Las cuatro subredes de servicios de salud adelantarán las acciones de promoción de la salud y prevención de la enfermedad a nivel individual y colectivo que le brinden al usuario una atención integral. Se fortalecerán las acciones de autocuidado y mutuo cuidado y las acciones intersectoriales que fomenten acciones individuales y colectivas para incentivar estilos de vida saludable.

PARÁGRAFO 5. Las Empresas Sociales del Estado resultantes de la fusión deberán realizar, conforme a la normatividad vigente, procesos de rendición de cuentas ante la comunidad beneficiaria con el fin de promover la participación ciudadana e implementar las acciones que mejoren los servicios de salud (...)"

Con relación a este hecho la apoderada de la demandada señaló que contiene varios hechos, es cierto en lo que se refiere al Acuerdo 641 del 2016, frente a lo demás indicó que no es un hecho sino una apreciación de la demandante y no le consta, en lo referente a si el personal médico se encuentra insatisfecho con los honorarios pactados. (El Despacho aclara que en este punto, en atención al error de organización del escrito de demanda, esta parte tomó

como parte de este hecho, lo correspondiente al acápite “*fundamentos de derecho de las pretensiones, normas violadas y concepto de violación*”)

- ii. El Alcalde Mayor de Bogotá en el artículo 2 del Decreto 171 del 8 de abril de 2016, señaló:

“(...) Designar en la Gerencia de la Empresa Social del Estado denominada Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, durante el período de transición señalado en el Acuerdo 641 de 2016, a la doctora ALEXANDRA RODRÍGUEZ GÓMEZ, identificada con la C.C. No. 51.863.647 de Bogotá (...).”

Frente a este hecho, la apoderada de la demandada afirmó que es cierto y agregó que la citada gerente tomó posesión el día 8 de abril de 2016.

- iii. La Gerencia de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, el 13 de julio de 2016, profirió la Resolución No. 358, por medio de la cual se adopta en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, la tabla de honorarios para las personas naturales que se contraten mediante la modalidad de contratación directa de la prestación de servicios y se dictan otras disposiciones.

Con respecto a este hecho, la apoderada de la parte demandada manifestó que es cierto. *(Las demás apreciaciones serán tenidas en cuenta en la parte de análisis de cada uno de los cargos propuestos por la parte demandante y la defensa que frente a los mismos presentaron los demás sujetos procesales, por lo que se abstiene en esta oportunidad el Despacho de narrarlos).*

- iv. El motivo principal de la expedición de la Resolución No. 358 del 13 de julio de 2016, es regular los honorarios en la contratación de servicios de salud; desconociendo que en las Empresas Sociales del Estado están prohibidos los contratos de prestación de servicios y que no existe competencia para fijar tarifas por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE.

Con relación a este punto, la apoderada de la parte demandada indicó que no es un hecho, es una apreciación subjetiva de la parte demandante.

- v. Consideramos que esta Resolución No. 358 del 13 de julio de 2016 debe ser excluida del sistema jurídico colombiano, puesto que están violando el trabajo digno y la remuneración económica justa de los profesionales de la salud.

Frente a este punto, la apoderada de la demandada no se pronunció.

Problema Jurídico

Enunciados los supuestos fácticos en que se circunscribe el objeto de este medio de control, encuentra el Despacho que conforme la fijación de la Litis efectuada en audiencia inicial, la controversia gira en torno a verificar:

“Verificar si con la expedición de la Resolución No. 358 del 13 de julio de 2016 la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD SUR OCCIDENTE E.S.E. incurrió en violación de los derechos al trabajo y a un salario justo, para lo cual, se estudiarán los artículos 25, 26 y 53 de la Constitución Política, artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 6, 7 y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 18 de la Ley 1751 de 2015, artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, artículo 117 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 29 de la Ley 1164 de 2007.

Además de esto se estudiará si estuvo vigente el acto demandado, pues no fue posible verificarlo de lo allegado en el expediente, de acuerdo a la excepción de fondo propuesta por la parte demandante²”.

3. PRUEBAS RELEVANTES QUE OBRAN DENTRO DEL PROCESO

Obran en el Expediente suficientes pruebas documentales que ayudan a decidir de fondo el asunto, por lo que en la medida en que se considere necesario se hará mención del medio probatorio pertinente, sin embargo, se enuncian las siguientes:

- Copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de la entidad sin ánimo de lucro Colegio Médico Colombiano, expedida el 1 de agosto de 2016, por la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 19-21).
- Copia de la Resolución No. 358 de 13 de julio de 2016 expedida por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, *por medio de la cual se adopta en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., la tabla de honorarios para las personas naturales que se contraten mediante la modalidad de contratación directa de prestación de servicios* (fls. 54-60).
- Copia de la Resolución No. 397 de 21 de julio de 2016 expedida por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, *por medio de la cual se modifica el artículo séptimo de la Resolución 358 de 13 de julio de 2016* (fls. 61-62).

² Conforme a la fijación del litigio que se efectuó en Audiencia Inicial de 16 de agosto de 2017, específicamente a folio 118 del cuaderno principal del expediente.

- Copia de la Resolución No. 413 de 26 de julio de 2016 expedida por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, *por la cual se derogan las Resoluciones 358 y 397 del 13 y 21 de julio de 2016* (fls. 63-64).
- Copia de Comunicación interna de 5 de diciembre de 2017, emitida por el Jefe de la Oficina de Asesora Jurídica, dirigida a la Jefe de Oficina Asesora Jurídica, bajo el Asunto: *"Respuesta a Expedición de '... constancia o certificación de la fecha de publicación de la Resolución No. 358 del 13 de julio de 2016 y la Resolución No. 358 del 13 de julio de 2016 y la Resolución No 397 de julio de 2016..."* (fl. 137).

4. MARCO JURÍDICO GENERAL

Sobre la naturaleza del medio de control que ocupa la atención del Despacho, el Consejo de Estado en sentencia del 10 de octubre de 2016, rad. 11001-03-26-000-2015-00165-00(55813), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, advirtió³:

"La pretensión de nulidad desarrollada en el artículo 137 CPACA⁴ es una acción de naturaleza objetiva, pública, popular, intemporal, general e indesistible a través de la cual cualquier persona podrá solicitar directamente o por medio de su representante, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que un acto administrativo, incurso en alguna de las causales establecidas en la ley, pierda su fuerza ejecutoria por declaración judicial de nulidad en beneficio del ordenamiento jurídico y la legalidad⁵."

5. ANÁLISIS DE LOS CARGOS PROPUESTOS POR LA PARTE DEMANDANTE.

Por no encontrarse probada excepción alguna, procede el despacho a estudiar los cargos propuestos por la parte actora en vía jurisdiccional, y por ende se tendrán en cuenta los argumentos expuestos por la entidad demandada en su escrito de

³ Acápite tomado de SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Contencioso Administrativo. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 134-140. Se ajustaron las referencias normativas pertinentes acorde a las disposiciones vigentes, esto es, la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin alterar la esencia de lo allí expuesto.

⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003. exp. 8302, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola: *"En cuanto a la titularidad de la acción, se observa que la de nulidad es una acción popular, abierta a todas las personas, cuyo ejercicio no necesita del ministerio de un abogado [...]. En cuanto a la oportunidad para ejercer la respectiva acción, la de nulidad no tiene por lo general término de caducidad, de manera que puede utilizarse en cualquier tiempo [...]. En relación con los efectos de la sentencia, la que se produce en proceso de nulidad los tiene erga omnes, si la decisión es anulatoria; en caso contrario, cuando no se accede a las pretensiones de la demanda, esos efectos se limitarán a los motivos de nulidad invocados por la actora [...]. la de nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda"*.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-513 de 1994, M.P.: Antonio Barrera Carbonell: *"La acción de nulidad tiene un sólido soporte en el principio de legalidad que surge, principalmente, del conjunto normativo contenido en los arts. 1, 2, 6, 121, 123, inciso 2o., 124 de la C.P., pero así mismo tiene su raíz en las normas que a nivel constitucional han institucionalizado y regulado la jurisdicción de lo contencioso administrativo (arts. 236, 237-1-5-6 y 238)."*

contestación y el acervo probatorio aportado dentro del presente proceso judicial, para tomar decisión de fondo frente al conflicto acá planteado.

Conforme se desprende de los puntos de la Litis, fijados en la audiencia inicial celebrada el 19 de junio de 2018, la presente discusión gira exclusivamente en establecer si la Resolución 358 de 13 de julio de 2016 expedida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Suroccidente E.S.E., vulneró los derechos constitucionales previstos en los artículos 25, 26 y 53 de la Carta Política, por haber adoptado una tabla de honorarios para personas naturales vinculadas mediante contratos de prestación de servicios profesionales, sin considerar que se tratan de cargos y/o funciones permanentes de la empresa social del estado y sin una estimación razonada de los valores pagados en contraprestación: justos y acordes con la ocupación.

En ese orden, se verificará en primer lugar, como temas relevantes, (i) la discusión previa de si el acto demandado tuvo efectos en los que se encontró vigente, o por el contrario nunca nació a la vida jurídica, (ii) la competencia o falta de habilitación legal por parte del ente de servicios de salud para adoptar tarifas de honorarios de profesionales de la salud, (iii) el desconocimiento de la prohibición legal de vincular personas naturales a través de contratos de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión en cargos de función permanente o propios de la entidad pública, y finalmente, (iv) si la tabla de honorarios adoptada por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, vulneró del derecho al trabajo y la remuneración justa, por no contar con estudios o análisis previos en su motivación.

De manera introductoria, a fin de resolver el primer punto indicado, el despacho procede a examinar lo atinente a la discusión suscitada por la entidad demandada, en cuanto afirma que el acto demandado no nació a la vida jurídica por no haberse publicado o notificado a sus destinatarios, así como fue derogado con posterioridad a su expedición, mediante la Resolución No. 413 de 26 de junio de 2016.

(i) Frente al particular, el Alto Tribunal de cierre en la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha mantenido su interpretación constante, de asegurar que la publicación de los actos administrativos de contenido general, no hace parte de los requisitos de validez del mismo, sino de eficacia; por lo que su omisión no se traduce en un vicio de legalidad, sino, de oponibilidad, al no producir efectos frente al administrado que desconoce su existencia.

La Honorable Corporación Judicial, en providencia proferida el 12 de julio de 2018 por el Consejero ponente Oswaldo Giraldo López, reafirmó la posición adoptada relacionada con los elementos de validez del acto administrativo y la posibilidad de estudiar la legalidad del mismo pese a que no se haya publicitado:

“(...) Al respecto, lo primero que debe observar la Sala es que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido consistente, pacífica y reiterada en afirmar que es necesario diferenciar los requisitos de validez de los presupuestos de eficacia de los actos administrativos. Así, cuando se incumplen los primeros (falta de competencia, falsa motivación, desviación de poder, etc.) el instrumento procesal puesto a disposición de la ciudadanía para controlar la voluntad unilateral de la Administración que produce efectos jurídicos es la nulidad simple o nulidad y restablecimiento del derecho. Ahora, la eficacia de esas decisiones tiene que ver directamente con la obligatoriedad para los particulares, cuestión que varía también en razón a su naturaleza general o concreta; es decir, cuando quiera que estemos en presencia de un acto general y abstracto la vinculatoriedad se predica del momento de su publicación, en tanto que si se trata del segundo de ellos, es oponible desde que se produce la notificación. Así lo dispone el artículo 43 del CCA (...)”

En sentencia del 6 de febrero de 1992, la Sección Primera precisó tales aspectos de la forma que a continuación se enuncia:

*“En lo que se relaciona con la nulidad del Acuerdo por no haber sido publicado, **no puede confundirse la eficacia de un acto administrativo con su validez.** El requisito de la publicación atiende a la eficacia, es decir, a que el acuerdo produzca la plenitud de sus efectos, en virtud de haber sido conocido por los interesados; es, pues, un aspecto extrínseco, que no forma parte del acto sino que constituye una etapa posterior al mismo. **La validez en cambio tiene que ver con el aspecto intrínseco, esto es, que no adolezca de vicios en su formación**”⁶.*

Más recientemente, la Sección Quinta sostuvo sobre el particular lo siguiente:

*“Con todo, comoquiera que el argumento expuesto en el recurso de apelación, al igual que el explicado en el escrito de la demanda, se circunscribe a la irregular notificación de unas decisiones emitidas por el Departamento Administrativo de la Defensoría del Espacio Público, es importante señalar que **las actuaciones o procedimientos de publicación no son otra cosa que instrumentos propios de la eficacia del acto y no de la validez del mismo, luego el reproche así planteado no constituye una causal que pueda desvirtuar la presunción de legalidad de la que está investido.** Debe recordarse que, como lo ha explicado esta Corporación en abundantes providencias, la falta de notificación del acto administrativo conlleva su*

⁶ Cita en original: “Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente número 1487. Actor: Eduardo Hernández Alzate. M.P. Miguel González Rodríguez”.

ineficacia, que se traduce en la imposibilidad de producir los efectos para los que fue proferido, en la medida en que la publicidad del acto deviene un requisito indispensable para que la decisión adquiera el carácter de obligatoria.

*(...) En línea con lo expuesto, pasa la Sala a pronunciarse sobre los reparos de ilegalidad que tiene la demandante en el caso sub examine, pues **la ausencia del requisito de publicidad del acto general que se enjuicia no supone inexistencia o invalidez lo que exige pronunciamiento de la Jurisdicción sobre éste último tópico.** Sobre el punto es pertinente recordar lo expuesto por esta Corporación:*

*“Aún si el acto acusado no fue publicado, **la falta de publicación no impide el enjuiciamiento de su legalidad porque, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional en forma reiterada,** “la publicidad es un requisito externo al acto administrativo que impide su oponibilidad frente a los particulares y, por tanto, su eficacia, pero en ningún caso afecta su existencia y validez pues el acto existe y es válido desde cuando se expide, esto es, desde cuando lo suscribe la autoridad administrativa correspondiente”,⁷ razón por la cual proceden los juicios de legalidad contra actos existentes, aunque no hayan sido publicados.”⁸ (...)”⁹.*

Para el Consejo de Estado entonces, no existe limitación alguna para que el juez contencioso administrativo examine la legalidad de un acto administrativo que no haya sido publicado, pues el nacimiento al ordenamiento jurídico no se predica de dicha operación de comunicación, sino de la reunión de los requisitos para su existencia y validez (competencia, motivación, voluntad y formalidad).

Esta postura es concordante con la expuesta por la Corte Constitucional en Sentencia C – 957 de 1999, que a partir del estudio de una demanda contra el artículo 8 de la ley 57 de 1985, analizó la consecuencia jurídica de no publicar los actos administrativos, encontrando que su omisión no afecta en modo alguno los requisitos para su creación:

“(...) Según lo preceptúa el Código Contencioso Administrativo, la voluntad de la administración se manifiesta mediante actos que producen efectos jurídicos como consecuencia del ejercicio de las competencias constitucional y legalmente establecidas, previo el cumplimiento de los procedimientos las formalidades específicamente exigidos para su expedición, momento a partir del cual el acto nace a la vida jurídica, pero su aplicación queda suspendida hasta que sea dado a conocer a sus destinatarios.

⁷ Cita original: “Sentencias de 28 de octubre de 1999, exp. 3443, proferida por esta Sección y C-957-97, de la Corte Constitucional, entre otras”.

⁸ Citado en original: “Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 23 de septiembre de 2010. Proceso número Radicación número: 11001-03-24-000-2004-00304-01. Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso”.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia en única Instancia de 12 de julio de 2018. Consejero ponente Oswaldo Giraldo López

La normatividad vigente diferencia la forma de poner en conocimiento los actos administrativos según sean éstos de carácter general o particular, en razón a los efectos que estos mismos producen. Por consiguiente, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

a) Con respecto a los primeros, el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo dispone que “los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios para los particulares mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial, o en el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto (...)”.

En consecuencia, estos actos administrativos sin publicar no son obligatorios para los particulares, lo cual no significa que la publicación sea requisito de validez, sino condición de oponibilidad. En efecto, la falta de promulgación de un acto administrativo de carácter general no es causal de nulidad; produce la falta de oponibilidad del acto a los particulares, o la no obligatoriedad del mismo.

(...)

De lo anterior se deduce que el acto administrativo, general o particular, existe desde el momento mismo en que se profiere o expide, pero no produce efectos jurídicos, es decir, carece de fuerza vinculante mientras no se realice su publicación, notificación o comunicación. En este sentido, dispone el artículo 48 del C.C.A. que “sin el lleno de los anteriores requisitos, no se tendrá por hecha la notificación ni producirá efectos legales la decisión (...). Tampoco producirán efectos legales las decisiones mientras no se hagan las publicaciones respectivas en el caso del artículo”.

Finalmente, se concluye que, tratándose de actos administrativos de carácter general, la falta de publicidad impide la obligatoriedad y la oponibilidad del acto a los particulares (C.C.A., arts. 43 y 48), más no se constituye en causal de nulidad del mismo (C.C.A., art. 84), por cuanto **la publicación del acto no es requisito para su validez.**

Dentro de una misma línea jurisprudencial a la anteriormente reseñada, esta Corporación manifestó en la sentencia T-335 de 1993, que **el acto administrativo se entiende debidamente perfeccionado, y en consecuencia produce efectos jurídicos, cuando ha cumplido con todos los requisitos procedimentales y formales que la ley exige para su expedición.** Sin embargo, según la doctrina “la ley suele exigir la publicación o notificación del acto administrativo, para que éste adquiera eficacia, o sea, para que produzca efectos. Por eso la doctrina suele distinguir el acto perfecto del acto eficaz, la perfección de la eficacia. Aquella se refiere al cumplimiento de los trámites exigidos para la formación o la producción del acto; ésta a sus efectos. En tales condiciones, el acto puede ser perfecto, pero no eficaz; y, al contrario, para que el acto sea eficaz, requiere ser perfecto”. (...) ¹⁰.

¹⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-957 de 1 de diciembre de 1999. Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis.

En concordancia, la Sección Primera del Consejo de Estado reiteró en providencia de 23 de junio de 2016, que **es procedente efectuar el estudio de legalidad de los actos administrativos que fueron derogados** antes de la interposición de la respectiva demanda de nulidad, pues durante el periodo comprendido entre su expedición y la posterior derogatoria, cobro vida jurídica y vigencia; lo cual lo hace pasible de control judicial:

*“(…) vale la pena señalar que el control de legalidad que efectúa la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo produce efectos desde que el acto administrativo nació a la vida jurídica, por esta razón, **aunque se hubiera derogado, perdido su vigencia o cumplido su objeto, debe estudiarse su conformidad con el ordenamiento jurídico por los efectos que pudo producir y por las situaciones jurídicas particulares que se crearon o modificaron que aún no se han consolidado.** Como lo ha considerado la Jurisprudencia, no se puede confundir la validez de una norma jurídica con su vigencia. La validez del acto se da desde su formación o expedición y, es nulo, conforme con el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, porque fue expedido por funcionario u organismo incompetente o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de defensa o mediante falsa motivación o desviación de poder.*

Conforme con el artículo 66 ibídem, los actos administrativos son obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero, pierden su fuerza ejecutoria, entre otros eventos, cuando pierden vigencia, sin embargo, se trata de un fenómeno jurídico distinto de la declaratoria de nulidad que en caso de darse, “para nada afecta la validez del acto, en cuanto deja incólume la presunción de legalidad que lo acompaña, precisamente el atributo de éste que es el objeto de la acción de nulidad. Por lo mismo, tales causales de pérdida de ejecutoria, vienen a ser situaciones posteriores al nacimiento del acto de que se trate, y no tienen la virtud de provocar su anulación”.

*En consecuencia, **la derogatoria, modificación o subrogación de un acto administrativo no es motivo para abstenerse de estudiar su legalidad.** (...)”¹¹. (Resaltado adicional)*

Teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial anotada, se tiene probado en el presente proceso, que el acto demandado – Resolución 358– fue expedida el 13 de julio de 2016 (fl. 54- 60), es decir que en la misma fecha, nació a la vida jurídica y solamente hasta el 26b de julio de la misma anualidad desapareció del ordenamiento jurídico, con ocasión de la derogatoria contenida en la Resolución 413 de 2006 (fls. 63-64).

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de segunda instancia de 27 de mayo de 2010. Consejero ponente Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Radicación número: 52001-23-31-000-2003-00719-01(16621). Actor: Bolívar David Martínez. Demandado: Municipio de Pasto.

En ese orden, se concluye que por espacio de 14 días el acto administrativo pervivió en el mundo jurídico, por lo que no importa si el mismo fue publicado en gaceta distrital, página web o cartelera de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente o comunicada a través de otros medios, pues ese solo hecho lo hace susceptible de control judicial por el espacio de tiempo en que se encontró vigente.

Ahora, en gracia de discusión, que la Resolución 358 de 13 de julio de 2016, fuera modificada en sus requisitos de existencia por la modificación efectuada en la Resolución No. 397 de 21 de julio de 2016 (fl. 62), donde se establece que regiría a partir del 1 de septiembre de 2016, dicha decisión de la Administración surge 9 días después de la expedición del acto inicial, con lo cual se tiene que en dicho interregno, se encontró plenamente vigente.

Finalmente, debe destacarse que pese a las reiteradas afirmaciones de la parte demandada que tienen como no publicado el acto administrativo por no existir constancia de su existencia (conforme a certificación expedida por el Jefe de Oficina Asesora de comunicaciones de la entidad¹²), el despacho encontró probado en el expediente que no sólo fue publicado, sino también socializado con sus destinatarios, como se observa en la lectura de la Resolución 397 de 21 de julio de 2016, aportada por la misma Empresa Social del Estado:

*"(...) Que una vez **publicada y divulgada** la Resolución 358 del 13 de julio de 2016, diferentes actores del Sector Salud, han expresado a la Administración, algunas observaciones y comentarios cuyo análisis se considera pertinente, entre ellos, la necesidad de incluir especialidades de la medicina y perfiles administrativos adicionales a los contemplados en el mencionado acto.*

La mencionada Resolución, conforme a lo señalado en su artículo séptimo, entró a regir el 13 de julio de 2016, una vez fue publicada.

Así las cosas, procede a modificar la fecha en que entrará a regir lo dispuesto en la Resolución 358 del 13 de julio de 2016, a fin de que en la tabla de perfiles y honorarios puedan incluirse las especialidades y perfiles que permitan la prestación de servicios de salud de manera integral y oportuna, por parte de la Subred (...) ¹³". (Resaltado y subrayas del despacho).

De lo transcrito se puede deducir, que la resolución que motiva el presente medio de control fue conocida por quienes eran destinatarios de la misma, sin que el hecho de no haberse guardado en los archivos de la entidad las constancias de su publicación

¹² Visible a folio 137 del expediente, con fecha de expedición de 5 de diciembre de 2017.

¹³ Visible a folios 61 a 62 del cuaderno principal del expediente.

(ver folio 137) pueda transformarse en una presunción de su inoponibilidad e ineficacia, dado que existe material probatorio que determina su existencia.

Asimismo, dicha situación tampoco impediría que la Resolución 358 de 13 de julio de la misma anualidad sea sujeta al control jurisdiccional contencioso administrativo, dado que la publicación de los actos, como se indicó en precedencia, en nada afectan la existencia y validez de los mismos, por lo que puede ejercerse el control de legalidad frente al mismo, durante el tiempo en que se incorporó al ordenamiento jurídico.

Por todo lo expuesto, se concluye frente al primer punto en discusión que no le asiste razón a la parte pasiva en la Litis cuando asegura que el acto administrativo censurado nunca nació a la vida ni produjo efectos jurídicos por no haberse acreditado que fuera publicitado, pues de los medios de convicción se ha logrado determinar que si fue socializado y discutido con los interesados por la adopción de la tabla de honorarios de personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios y apoyo a la gestión, por lo que se mantuvo vigente y creando situaciones jurídicas hasta su derogatoria, con la expedición de la Resolución 413 de 26 de julio de 2016.

(ii) Respecto a la competencia de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E. para adoptar una tabla de honorarios para las personas naturales que se contraten mediante modalidad de contratación directa de prestación de servicios profesionales y apoyo a la gestión, se tiene que mediante Acuerdo Distrital 17 de 10 de diciembre de 1997 el Concejo de Bogotá transformó las instituciones públicas hospitalarias de la ciudad, en varias empresas sociales del Estado, de las que se originó la entidad demandada.

En el mismo cuerpo normativo, el Concejo de Bogotá, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993¹⁴, dotó a la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE de Personería Jurídica, Patrimonio Propio y Autonomía Administrativa, adscrita a la Secretaría Distrital de Salud, como categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Distrital, y sometida al régimen jurídico previsto en el capítulo III, artículos 194, 195 y 197 de la Ley 100 de 1993.

¹⁴ **“Artículo 194. Naturaleza.** La prestación de servicios de salud en forma directa por la nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo”.

La autonomía administrativa con que cuentan las Subredes Integradas de Servicios de Salud del orden distrital les permite adelantar las actuaciones contractuales, bajo el régimen de derecho privado, dada la habilitación legal mencionada:

“Artículo 195. Régimen jurídico. Las Empresas Sociales de Salud se someterán al siguiente régimen jurídico: (...)”

6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública. (...)”

No obstante, dicha libertad de contratación se encontró posteriormente limitada con lo previsto en la Ley 1150 de 2007, en su artículo 13, que establece que las entidades estatales con un régimen contractual distinto al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán, en desarrollo de su actividad contractual, los principios de la función administrativa y la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previstos legalmente para la contratación estatal.

De igual manera el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011 condicionó la facultad de celebración de contratos de las Empresas Sociales del Estado, por lo que deberán adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Salud y la Protección Social:

“Artículo 76. Eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las Empresas Sociales del Estado. Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social”. (Resaltado adicional).

En concordancia, la cartera ministerial expidió la Resolución 5185 de 4 de diciembre de 2013, “Por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación que regirá su actividad contractual”, estableciendo las formas y requisitos para adelantar los procesos de contratación en las entidades de la mencionadas ESE:

Artículo 1. Objeto. Mediante la presente resolución se fijan los lineamientos generales para que las Empresas Sociales del Estado **adopten sus respectivos estatutos de contratación**, conforme al artículo 76 de la Ley 1438 de 2011. **El estatuto regirá la actividad de la Empresa Social del Estado en el sistema de compras y contratación.**

(...)

Artículo 7. Plan Anual de Adquisiciones. Las Empresas Sociales del Estado deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, que podrán actualizar de acuerdo con sus necesidades, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año, acorde con las necesidades de la entidad y los recursos con que se cuente. Este plan y sus actualizaciones deben ser publicados en la página web de la entidad y en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP-.

(...)

Artículo 9. Fase de Planeación. (...)

Parágrafo. Las Empresas Sociales del Estado, en su estatuto de contratación, establecerán los casos en los cuales se requerirá la elaboración de los términos de condiciones para efectos de la contratación directa. (Resaltado y subrayas fuera de texto).

Conforme a la normatividad anotada, se encuentra entonces que el régimen especial con el que cuenta la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, le permite adoptar su propio estatuto de contratación, y de manera tácita pero lógica, el valor de los contratos celebrados con personas naturales y privadas, como es el caso de las tablas de honorarios por prestación de servicios profesionales, siempre y cuando se apliquen los principios propios de la función administrativa y la contratación pública.

En este caso, se encuentra que en el acto demandado, a folio 54 del expediente, la entidad accionada dispuso determinar el valor de los honorarios por servicios contratados, conforme al Estatuto de Contratación adoptado por el Acuerdo No. 3 de 3 de mayo de 2016 y modificado por el Acuerdo No. 5 de 27 de mayo de 2016, por lo que se deduce que la entidad si contaba con la facultad para expedir la Resolución 358 de 13 de julio de 2016.

No sobra advertir, que la norma esgrimida por la demandante para fundamentar la falta de competencia de la entidad accionada en este asunto no es aplicable, pues el artículo 29 de la ley 1164 de 2007 sostiene que el Consejo Nacional de Talento Humano en Salud dará concepto previo para la adopción de tarifas mínimas expresadas en salarios mínimos diarios legales de los servicios prestados, pero dirigidas al usuario final y no se encuentran relacionadas con la graduación de

honorarios o contraprestación de los profesionales de la salud; por lo tanto dicha acotación del actor no se refiere al objeto de discusión.

En ese orden, **el cargo de falta de competencia se encuentra desvirtuado**, dado que se acredita conforme a la normatividad citada, que la empresa social del estado se encontraba facultada para expedir el acto censurado, pues cuenta con una condición especial otorgada por el orden legal, para regirse por el derecho privado en el ámbito contractual, así como la autonomía administrativa y financiera para efectuarlo¹⁵.

No obstante, debe recordarse que dicha atribución no es omnímoda, pues no sólo debe acompañarse con los principios de la administración pública, los lineamientos de la contratación estatal y las regulaciones propias del sector a que pertenece, sino también a los postulados fundamentales que enmarcan su función, como es el caso de las prohibiciones de enmascarar una relación laboral a través de contratos de prestación de servicios con personas naturales, que fuera extensamente estudiado en la sentencia C – 171 de 2012¹⁶, conforme se analizará en párrafos siguientes.

iii) Continuando con los demás ejes de controversia en el presente medio de control de nulidad simple, este estrado judicial proseguirá con el examen de legalidad referente a los cargos de falsa motivación y expedición irregular, por el supuesto desconocimiento de una prohibición constitucional de vincular en prestación de servicios personas naturales para adelantar funciones permanentes y propias de su objeto social, de la Subred Integrada de Servicios de salud Sur Occidente.

A fin de dilucidar la cuestión planteada, se expondrán las normas que a juicio de la actora desarrollan a través del legislativo, la restricción constitucional aludida conforme al escrito de la demanda:

Ley 23 de 1981.

Artículo 1. La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica: (...)

¹⁵ De igual manera, en los casos de las entidad regidas por el Sistema General de Contratación, el artículo 11 de la Ley 80 de 1993 en concordancia con el numeral 5 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 indica que la responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual es del jefe o representante legal de la Entidad estatal.

¹⁶ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-171 de 7 de marzo de 2012. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

7. El médico tiene derecho a recibir remuneración por su trabajo, la cual constituye su medio normal de subsistencia. **Es entendido que el trabajo o servicio del médico sólo lo beneficiará a él y a quien lo reciba. Nunca a terceras personas que pretendan explotarlo comercial o políticamente.** (...)

Decreto Ley 2400 de 1968

Artículo 2. Modificado por el artículo 1 del Decreto 3074 de 1968: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el Servicio Civil de la República.

Quienes presten al Estado servicios ocasionales, como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la administración pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

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

Ley 1438 de 2011

Artículo 59. Operación con terceros. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, **previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.**

(Resaltado y subrayas adicionales)

De las normas trascrita se tiene que no existe la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, de una manera general y extendida, pues en el régimen de contratación pública previsto en la Ley 80 de 1993, se permite bajo unas condiciones expresas: 1) cuando no se cuente con personal de planta para la ejecución de la actividad, 2) se traten de funciones temporales, y 3) se requieran conocimientos altamente especializados:

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

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.
(Negrillas y subrayas del despacho)*

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado (Sección Segunda) ha determinado que la relación yacente en un contrato de trabajo o en un vínculo laboral legal y reglamentario es diferente al contenido en un contrato de prestación de servicios, pues éste último ostenta unas características que lo apartan de la relación subordinada, continua, y permanente del nexo laboral.

Por lo tanto, el contrato de prestación de servicios se constituye en un instrumento válido con el que cuenta la Administración para cumplir sus fines, sin que pueda decirse que su celebración con personas naturales para labores de la entidad estatal se constituya en inválido o inconstitucional; por lo mismo, la doctrina jurisprudencial del alto tribunal de lo contencioso administrativo ha determinado que le corresponde la carga de la prueba, a quien pretende desvirtuar su presunción de legitimidad buscando la declaración de existencia de “contrato realidad”:

“(…) DE LA VARIACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Sección Segunda del Consejo de Estado en relación con el tema, inicialmente señaló que por estar desvirtuados los elementos esenciales de este tipo de relación contractual, emergía una relación laboral de derecho público, sin que existiera diferencia entre ella y la que desarrollan otros sujetos como empleados públicos que laboran para la misma Entidad.

Lo anterior, bajo el supuesto de que desarrollaban idéntica actividad, cumplían órdenes, horario y prestaban servicios de manera permanente, personal y subordinada. Se definió entonces, en atención a lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política, que primaba la realidad sobre las formalidades y por no tratarse de una relación laboral formalmente establecida, no se accedía al reconocimiento de prestaciones sociales propiamente dichas, sino que, a título de “indemnización” para restablecer el derecho, se ordenaba el pago del equivalente a las prestaciones sociales que percibían los médicos que prestaban sus servicios en el mismo centro de salud, tomando como base el valor pactado en el contrato. (...)

El criterio jurisprudencial anteriormente mencionado fue modificado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de noviembre 18 de 2003, expediente No. 1J-0039, actor: María Zulay Ramírez. Para mayor

ilustración resulta pertinente transcribir los aportes de mayor relevancia jurídica de tal sentencia:

1.- El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.

2.- No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.

3.- No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios.

Esta última no genera una relación laboral ni prestaciones sociales. Igualmente la mencionada situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo que con la administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas. (...)

Ahora bien, la obligación del juez de aplicar e interpretar las normas con el fin de impartir justicia, acorde con la realidad del momento, ha impuesto a la Sección Segunda, replantear el criterio anteriormente mencionado para introducirle algunas precisiones tal como se verá a continuación. (...)

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, con el resultado de la definición de la diferencia entre el primero y el de carácter laboral, que es la existencia de tres elementos: la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la Corte Constitucional, en sentencia C- 154 de 1997 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara. (...)

Así, en la mencionada sentencia se determinó que debido a lo anterior, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Así mismo, que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.) (...) ¹⁷.

Ahora, bajo dichos lineamientos, se tiene que la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios con personales naturales únicamente se limita a los eventos en que el legislador pretendía proteger el trabajo digno de los servidores públicos, a

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección A. Sentencia de Segunda Instancia de 13 de febrero de 2014. Consejero ponente Alfonso Vargas Rincón. Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13). Actor: Daniel Eduardo Sánchez Sierra. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional Hospital Militar Regional de Bucaramanga.

los eventos reseñados en la normatividad y jurisprudencia reseñada, relacionada con las funciones permanentes o propias de la entidad, o cuando las mismas no puedan ser adelantadas por el personal de planta o cuando se traten de actividades que requieran conocimientos altamente calificados.

No obstante, a esta interpretación favorable de presunción de legitimidad y validez del contrato de prestación de servicios con personas naturales para actividades de los entes públicos, se antepone la posición de la Corte Constitucional, que en estudio de exequibilidad de varias disposiciones señaladas en este proveído, ha indicado que de la Carta Política se desprende una prohibición tendiente a evitar que se esconda una relación laboral, a través del mecanismo de contratación señalado, para cumplir funciones propias y permanentes de la función pública.

En sentencia C-614 de 2 de septiembre de 2009, la Guardiana de la Constitución se refirió expresamente a la exequibilidad del artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 17 de diciembre de 1968, por medio del cual se modificó el inciso final del artículo 1 del Decreto Ley 2400 de 1968, en el cual se estableció que el ejercicio de funciones de carácter permanente en los empleos de la rama ejecutiva en ningún caso, podrían desempeñarse mediante la celebración de contratos de prestación de servicios:

“(…) La disposición normativa impugnada dispone que, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Cabe advertir que esa regla jurídica se encuentra reiterada en el artículo 17 de la Ley 790 de 2002, según el cual “En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos”.

*Sin duda, esa prohibición legal constituye una medida de protección a la relación laboral, pues no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal. En efecto, **la norma impugnada conserva como regla general de acceso a la función pública el empleo, pues simplemente reitera que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional y se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del “giro ordinario” de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados. (…).**”*

*En conclusión, como **la Corte encuentra ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar***

contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes, debe declararse la exequibilidad de la disposición normativa impugnada. (...) ¹⁸. (Resaltado y subrayas del despacho).

En el pronunciamiento reseñado, además de estudiar la concordancia de la norma demandada con el ordenamiento jurídico, la Corte Constitucional fue más allá al establecer la regla de aplicación a los casos reales de evasión de las relaciones laborales entre Estado y particulares, donde se enmascara el vínculo patronal a través de terceros o intermediarios:

“(...) A pesar de que, como se vio, la prohibición de vincular, mediante contratos de prestación de servicios, a personas que desempeñan funciones permanentes en la administración pública es una regla que se deriva directamente de los artículos 122 y 125 de la Constitución, lo cierto es que resulta un lugar común afirmar que, en la actualidad, se ha implantado 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 suscripción de “nóminas paralelas” o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing. (...)”

Por lo expuesto, la Sala insta a los órganos de control que tienen el deber legal y constitucional de proteger los recursos públicos, defender los intereses de la sociedad y vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes (artículos 267, 268 y 277 superiores), a cumplir el deber jurídico constitucional de exigir la aplicación de la regla prevista en la norma acusada y, en caso de incumplimiento, deben imponer las sanciones que la ley ha dispuesto para el efecto.

De hecho, esta Corporación reitera de manera enfática la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas asociativas legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo. Por ejemplo, en muchas ocasiones, las cooperativas de trabajo asociadas, que fueron creadas por la Ley 79 de 1988, modificadas por la Ley 1233 de 2008 y reglamentadas por el Decreto 3553 de 2008, para facilitar el desarrollo asociativo y el cooperativismo, se han utilizado como instrumentos para desconocer la realidad del vínculo laboral, a pesar de que expresamente el artículo 7º de la Ley 1233 de 2008, prohíbe su intermediación laboral. (...)

En este sentido, corresponde a las autoridades de vigilancia y control y al juez de la causa, exigir la aplicación material de las normas que amparan la relación laboral y evitar la burla de los derechos derivados

¹⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-614 de 2 de septiembre de 2009. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

de la misma. Por esa razón, y en desarrollo del principio de primacía de la realidad sobre la forma, requerirán el cumplimiento de la ley, en forma solidaria, tanto al verdadero empleador como a quienes actuaron como intermediarios para utilizarla en forma inconstitucional. En otras palabras, las autoridades competentes evitarán la desviación inconstitucional de las normas protectoras de los derechos de los trabajadores y exigirán la responsabilidad solidaria que se deriva del incumplimiento de las reglas legales.

En este orden de ideas, la Sala reitera a las autoridades administrativas que el vínculo contractual para el desempeño de funciones permanentes y propias del objeto de la entidad contratante debe ser retirado de la dinámica laboral administrativa, no sólo porque desdibuja el concepto de contrato estatal, sino porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores al servicio del Estado, pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales. (...)¹⁹. (Negritas y subrayado fuera de texto).

Posteriormente, en Sentencia C-C-171 de 7 de marzo de 2012, el Ato Tribunal de cierre Constitucional tuvo la oportunidad de analizar la facultad de las empresas sociales del estado de celebrar contratos de prestación de servicios a fin de cumplir con sus funciones en salud, en estudio de constitucionalidad del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011.

En esta providencia, la Corte reiteró lo expuesto en anterioridad, respecto a la vigencia y alcance de la prohibición de adelantar procesos de contratación con particulares, a fin de cumplir con funciones propias y permanentes, especialmente, de las nuevas categorías de empresas sociales del estado:

*“(...) la jurisprudencia constitucional ha insistido que el contrato de prestación de servicios con el Estado, solo se puede celebrar (i) para **aquellas tareas específicas diferentes de las funciones permanentes de la entidad**, (ii) en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por las personas vinculadas laboralmente a la entidad oficial contratante o (iii) cuando se requieren conocimientos especializados. Respecto de las características del contrato de prestación de servicios, la Corte ha precisado sus particularidades acerca del objeto de la obligación, la autonomía e independencia del contratista, y la **temporalidad de la vigencia del contrato**. (...)*

*5.5 En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (i) **no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad**; (ii) **no puedan ser***

¹⁹ Ibídem.

realizadas por el personal de planta, y que (iii) requieran de conocimientos especializados.

En este sentido, esta Corte ha sostenido **que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal.** Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a **"la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)";** (ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando **"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";** (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si **"las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual";** (iv) al criterio de excepcionalidad, si **"la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta";** y (v) al criterio de continuidad, si **"la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral" (...)**

En consecuencia, **esta Corporación reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública,** regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una "práctica usual en las relaciones laborales con el Estado", ha conducido a "la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas", y ha dado lugar a las denominadas "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing." (...)

En este sentido, esta Corporación coincide con el concepto vertido por el Procurador General de la Nación en cuanto a que **(i) la posibilidad ilimitada de contratar con terceros tareas que correspondan a funciones propias o permanentes de las Empresas Sociales del Estado, vulnera el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, y pone en grave riesgo tanto la continuidad como la permanencia del servicio público; (ii) las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente para atender y desarrollar sus funciones de carácter permanente, que son su responsabilidad; (iii) la garantía de eficiencia no debe implicar la**

contratación de servicios de las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado; y (v) por tanto, la posibilidad ilimitada de contratación de la prestación de las funciones propias de las Empresas Sociales del Estado con terceros, como lo establece la norma demandada, no puede ser la regla, pues contraría la Carta Política. (...)

Por consiguiente, la Sala evidencia en este caso, la necesidad de incorporar al entendimiento de la norma acusada, la única interpretación constitucional posible de la misma, de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia de este Alto Tribunal, según la cual, la potestad de contratación otorgada por el precepto demandado a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados. Por lo tanto, la Corte declarará en la parte resolutive de esta sentencia, la exequibilidad condicionada del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, en el sentido anunciado. (...) ²⁰.

(Subrayas y resaltado adicional).

De lo anterior anotado, se deduce que la habilitación legal con que cuentan las Subredes Integradas de Servicios de Salud, como empresas sociales del estado, para celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, no puede abarcar el cumplimiento de funciones propias y permanente, como tampoco enmascarar relaciones subordinadas y propias de los vínculos laborales que gozan de protección especial constitucional, pues existe una regla de interpretación que prohíbe dicha actuación por parte de los entes que se encuentran sujetos a los principios de la administración pública y la contratación estatal.

Ahora, podría tratar de argumentarse que cuando la necesidad y demanda del servicio desborde la capacidad de la entidad para cumplir con sus funciones permanentes, es dable contratar con terceros la prestación del mismo, pues se estaría en el supuesto previsto por ley *en que no puede ser llevado a cabo por el personal de planta*; dicha posición no tendría cabida bajo la jurisprudencia constante adoptada por la Corte Constitucional, pues precisamente condiciona la actividad de contratación de prestación de servicios de las ESE, en que la función debe ser “nueva” o “no del diario discurrir de la entidad”, pues **la garantía de eficiencia no debe implicar la contratación de servicios de las funciones permanentes de las Empresas Sociales del Estado**; garantía de la prestación de servicio que se transforma en un imperativo positivo, en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011.

²⁰ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-171 de 7 de marzo de 2012. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

En este sentido, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha determinado en decisiones reiteradas, tanto de la Subsección “A” como de la Subsección “B”, la existencia del “contrato realidad” en los casos en los cuales se ha logrado demostrar que bajo una apariencia de contrato de prestación de servicios, se estructuran relaciones de subordinación y prestación personal del servicio en funciones permanentes o que también se encuentran en cabeza de personas vinculadas a la planta fija de personal²¹.

En el caso sub-lite se tiene que el acto administrativo demandado adopta una tabla de honorarios aplicada a las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios profesionales conforme al Estatuto de Contratación de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, expedido en el Acuerdo 3 de 3 de mayo de 2016 y Acuerdo 5 de 27 de mayo de la misma anualidad, y las atribuciones otorgadas por el orden legal, de acuerdo a las disposiciones señaladas en la parte introductoria de estos considerandos, por lo que en apariencia se encuentra acorde con las normas constitucionales y legales de protección al trabajo digno y a la remuneración justa.

No obstante, en revisión del contenido del acto censurado, Resolución 358 de 13 de julio de 2016, a folios 54 hasta el 60 del expediente, se encuentra en el artículo primero de la parte resolutive que la entidad de salud del orden distrital no sólo contempló honorarios para servicios de gestión y apoyo, sino también contempló la contraprestación de manera indiscriminada, en la ejecución de servicios propios de la entidad, que por su naturaleza se califican como permanentes, pues hacen parte de objeto principal de su función pública, como es el caso de las funciones de los médicos generales, los internistas, los profesionales en enfermería, etc.

En el mismo sentido, se advierte en el numeral 1.2 denominado “*PERSONAS NATURALES PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN*” (fls. 57-54) que la entidad indicó un valor de honorarios sin especificar su carácter temporal (horas, turnos, consultas) sino que lo validó en un rango final que a todas luces se traduce en unos honorarios de corte mensual, para

²¹ Por ejemplo, en la Subsección “A”, se encuentran las sentencias de 10 de febrero de 2011 (73001-23-31-000-2008-00081-01(1618-09)), de 13 de febrero de 2014 (68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13)), y de 4 de octubre de 2018 (23001-23-33-000-2013-00247-01(3753-15)).

Por parte de la Subsección “B” se encuentran las sentencias: de 26 de octubre de 2017 (81001-23- 33- 000-2013-00003-01(1844-14)), de 1 de marzo de 2018 (23001-23-33-000-2013-00117-01 (3730-2014)), y 26 de julio de 2018 (68001-23-31-000-2010-00799-01(2778-13)).

una actividad de carácter permanente, al no señalarse expresamente su temporalidad o transitoriedad.

Hasta acá, se observa que la tabla de honorarios fijada, no sólo fue creada para cancelar el valor de servicios prestados por particulares a través de contratos de prestación de servicios, en funciones eminentemente propias de la entidad, sino que además está diseñada para continuar en el tiempo de manera permanente, lo cual a todas luces transgrede la apreciación interpretativa que ha dado la Corte Constitucional a los alcances de la contratación por orden de servicios autorizada en el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011.

Aunado a lo anterior, en análisis del acto demandado, específicamente en estudio de su artículo 4° (fl. 59 vto.) se encuentra que la misma Resolución 358 de 2016, excluye la aplicación de la tabla de honorarios a la prestación de servicios especializados y altamente calificados, cuando dicha naturaleza es una de las causales que faculta la ejecución extraordinaria y transitoria del contrato de prestación servicios en las Empresas Sociales del Estado en Salud; lo que permite deducir que la fijación de honorarios creada se aplica realmente, a funciones “del diario transcurrir de la entidad”:

*“(…) **ARTÍCULO CUARTO.** Lo previsto en el artículo primero de la presente Resolución, **no aplica en aquellos casos en los cuales se requiere la contratación de personas para la realización de consultorías, asesorías o trabajos específicos en el cumplimiento de los objetivos de la Entidad o las necesidades de apoyo a los servicios que así lo ameriten**, caso en el cual el monto de los honorarios será fijado por la Gerencia de acuerdo al estudio de necesidad del área que los requiera, los estudios exigidos al contratista, la experiencia solicitada y la responsabilidad que el cumplimiento de la actividades implique.*

***Parágrafo.** – Quedan excluidos de regulación por la presente Resolución, los siguientes contratos: (...)*

4.4. Los contratos de prestación de servicios altamente calificados, de conformidad con lo establecido en el Decreto 2785 de 2011 y demás normas concordantes. (...) ²²”. (Resaltado y subrayas adicionales)

Lo anterior descrito, permite afirmar que la Resolución 358 de 2016 contempló una tabla de honorarios para personas naturales vinculadas por contratos de prestación de servicios, en funciones permanentes, no necesariamente especializadas o altamente calificadas, pues las mismas funciones en algunos casos son ejercidas por el mismo personal de planta que se encuentra adscrito a la Subred Integrada de

²² Resolución demandada 358 de 13 de julio de 2016 expedida por la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE.

Servicios de Salud Sur Occidente, como se comprueba en el Manual de funciones de la entidad (Acuerdo 17 de 5 de abril de 2017) descargado de su página web oficial²³, donde se describen las funciones y calidades de los profesionales de la salud en Servicios de Medicina General (págs. 98-99), pediatría (pág. 111-112- 114), anestesiología (pág. 118), medicina interna, gastroenterología, oncología, endocrinología, cardiología, dermatología (fls. 120-121), ortopedia y traumatología (pág. 123), neurología (pág. 127 y 150), urología (pág. 129), otorrinolaringología (pág. 132), neumología e infectología (pág. 139), psiquiatría (pág. 141), ginecobstetricia (pág. 160), entre otros.

Teniendo en cuenta que las ocupaciones anteriormente indicadas, son en su mayoría las mismas relacionadas en las tablas de honorarios por contratación de prestación de servicios con personas naturales, se concluye que la entidad buscaba ejecutar funciones propias de su objeto social, a través de terceras personas, **de una manera permanente**, mediante la herramienta contractual consagrada en el artículo 36 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, dado que no indicó los precisos eventos, ni las condiciones excepcionales para aplicarla de manera transitoria o temporal.

Dicha apreciación cobra mayor certeza, cuando se examina la parte motiva del acto administrativo, en la cual en modo alguno se advierte la existencia de nuevas funciones o actividades surgidas en la prestación del servicio, que deban ser atendidas por terceros ante la incapacidad del personal de planta para asumir dichas funciones; todo lo contrario, se apela a la magnitud de la demanda en salud que debe ser atendida por la entidad, para justificar un apoyo permanente mediante la contratación directa de prestación de servicios, que precisamente es un supuesto de prohibición previsto en las normas analizadas, pues no se advierte la característica de provisionalidad de este tipo de vinculación para el desarrollo de sus labores:

*"(...) Que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, tiene 53 varios puntos de atención (sic), razón por la cual **requiere del continuo y permanente apoyo de servicios en sus áreas misionales y administrativas, para desarrollar de manera eficiente y oportuna la prestación de los servicios de salud, a nivel individual y colectiva a través del área de salud pública.***

*Que la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, **requiere contar con los servicios profesionales y de apoyo a la gestión, de personas que cuenten con la idoneidad y experiencia necesaria, para garantizar el cumplimiento de los objetivos institucionales.***

²³<https://www.subredsuroccidente.gov.co/?q=transparencia/informacion-interes/publicacion/otras-publicaciones/acuerdo-no-17-2017>

Que los Profesionales a cargo de las Unidades Funcionales de Talento Humano de las respectivas Unidades Prestadoras de Servicios que conformar la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente, han certificado que en la planta de personal vigente no existen o es insuficiente el número de perfiles requeridos para el cumplimiento de las metas y compromisos contractuales con las Entidades Responsables del Pago de Servicios de Salud, los Fondos de Desarrollo Local respectivos, la Secretaría Distrital de Salud y con los demás pagadores.

Que en aras de garantizar el mejoramiento de la actividad contractual como el cumplimiento de los fines y objetivos misionales asignados a la Subred, es procedente definir parámetros y criterios objetivos para fijar los honorarios de los contratos de prestación de servicios y de apoyo a la Gestión que celebre la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE. (...) ²⁴.

En conclusión, el despacho encuentra probado que la Resolución demandada No. 358 de 13 de julio de 2016, contempló una tabla de honorarios para funciones, ocupaciones o cargos de los profesionales de la salud, que son propias de la Empresa Social del Estado del orden distrital Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente, sin determinar que se trata de actividades temporales y por lo mismo, se vislumbra su permanencia desconociendo la vocación que se exige deben ser labores altamente calificadas o especializadas que no se encuentren en la planta de personal.

Entonces, se acredita que en el presente asunto, el ente público en este punto excedió las atribuciones otorgadas por la Ley y la jurisprudencia al regular de manera general los honorarios de prestación de servicios en el área de la salud sin hacer salvedad respecto de prestación de servicios con el fin de cumplir con sus objetivos institucionales, incurriendo así en las prohibiciones constitucionales derivadas de los artículos 122 y 125 fundamentales, así como en desconocimiento de los artículos 2 del Decreto Ley 2400 de 1968, y 59 de la Ley 1438 de 2001, y de la interpretación de la Sala Plena de la Corte Constitucional, ratificada en la Sentencia C-171 de 7 de marzo de 2012. En ese orden, **se tiene como probado el vicio de falsa motivación por error de derecho, del acto administrativo demandado, Resolución 358 de 13 de Julio de 2016.**

(iv) Finalmente, dicha causal de nulidad también se hace evidente en estudio del último punto fijado como eje de discusión en este proveído, relacionado con la vulneración de derecho a trabajo digno y la remuneración justa, por no haberse adoptado una tabla de honorarios de personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios, de acuerdo a estudios y análisis previos a su expedición.

²⁴ Al reverso del folio 54 del cuaderno principal del expediente.

En efecto, ante la acusación de transgresión a normas superiores en el contenido del acto administrativo, el despacho procedió a examinar la parte resolutive del mismo (fls. 55-60), a fin de verificar las fórmulas, cálculos, condiciones, criterios o motivación, de que se hubiese servido la Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE para establecer los rangos de valor para el pago de actividades contratadas, sin que se encontrara referencia alguna en dicho sentido.

Igualmente se analizó el acápite de los considerandos del acto demandado, a folio 54 del expediente, a fin de verificar las razones o instrumentos de que se dispuso para adoptar la tabla de honorarios censurada, o los soportes y mejorías documentales que sustentaran la decisión de la Administración, sin que tampoco se advirtiera su existencia, más allá de mencionar la potestad para emitir dicha regulación, conforme al propio Estatuto Interno de Contratación, como se desprende de este extracto:

"(...) Que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011 y la resolución 5185 de 2013 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social, la Junta Directiva de Transición de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente, emitió el Acuerdo Nro. 3 del 3 de mayo de 2016, por medio del cual adoptó el Estatuto de Contratación de la Subred, modificándolo posteriormente con el Acuerdo Nro. 5 del 27 de mayo de 2016.

Que en dichos actos, la Junta Directiva estableció que "para determinar el monto máximo hasta el cual podrá el Gerente comprometer a la Empresa Social del Estado para la contratación de prestación de servicios administrativos y asistenciales, el mismo expedirá el respectivo acto administrativo contentivo de la Tabla de Honorarios y Servicios que regirá esta tipología de contratación por un año. La mencionada Resolución será socializada a los miembros de la Junta Directiva en la reunión celebrada en el mes subsiguiente a su expedición". (Parágrafo primero del artículo 9.2.4). (...)"

Se hace necesario reiterar, que si bien los artículos 11 y 26 de la Ley 80 de 1993²⁵ otorgan la facultad a los representantes legales de las entidades públicas para dirigir la actividad contractual, dicha atribución debe acompasarse con los mandatos superiores contenidos en los principios de transparencia y eficiencia propios de la Administración y la Contratación Pública, como se desprende del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, y los artículos 2 y 4 de la

²⁵ **Artículo 11. De la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales.** En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.

1. La competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso. (...).

Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio: (...)

5. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal, quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma (...).

Resolución 5185 de 4 de diciembre de 2013, por medio de la cual se fijan los lineamientos para que las Empresas Sociales del Estado adopten el estatuto de contratación:

Artículo 13. Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al estatuto general de contratación de la administración pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

Artículo 59. Operación con terceros. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad.

Artículo 2. Régimen de Contratación de las Empresas Sociales del Estado. El régimen de contratación de las Empresas Sociales del Estado es el régimen privado, conforme al numeral 6 del artículo 194 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, teniendo en cuenta el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, todas las Empresas Sociales del Estado deben aplicar los principios de la función administrativa y la sostenibilidad fiscal, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y sujetarse a los lineamientos fijados en la presente resolución.

Artículo 4. Principios que rigen la actividad contractual. En desarrollo de su actividad contractual, las Empresas Sociales del Estado aplicarán los principios de la función administrativa de que trata el artículo 209 de la Constitución Política, los contenidos en la Ley 489 de 1998, los propios del Sistema General de Seguridad Social en Salud contenidos en el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011, así como los principios de las actuaciones y procedimientos administrativos contenidos en el CPACA, en especial, los principios de: debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, eficiencia, economía y celeridad. Así mismo, deberán tener en cuenta el principio de planeación

De la normatividad anotada, se desprende que los representantes legales de las Empresas Sociales del Estado no cuentan con una atribución absoluta para fijar los valores de pago en honorarios por contratación de servicios, dado que siempre estarán regidos por los principios de la Contratación Pública; en ese sentido, la motivación o el señalamiento de las razones que llevan a tomar la decisión de fijar los rangos de contraprestación en uno u otro sentido, es más importante en estos casos, dado que su expresión dentro del acto administrativo asegura que se trata de una

decisión a fin al servicio público encomendado y no a una decisión unilateral tomada desde la discrecionalidad del funcionario competente que se transforma en arbitrariedad.

En el caso Sub-lite, no se encuentra que el Gerente de la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente, como Empresa Social del Estado de orden distrital, haya efectuado algún tipo de análisis, o cálculo referencial sobre los indicadores del mercado para adoptar la Tabla de Honorarios para personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios; en ese sentido, tampoco se tuvo en cuenta el Plan Anual de Adquisiciones, que debe elaborarse en cada Empresa Social del Estado a fin de establecer las necesidades de la entidad y los recursos con que se cuenta para la contratación de compras y servicios, conforme al artículo 7 de la Resolución 5185 de 2013 expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social²⁶.

Teniendo en cuenta que en la parte considerativa o en la resolutive no se advirtió algún tipo de motivación frente a la forma en que se avaluó el monto o valor por pagar de la prestación de los servicios a contratar (dado que se trata de la modalidad de contratación directa), como tampoco se señaló un documento de referencia, memoria descriptiva o protocolo que permitiera inferir la existencia de una sustentada ponderación entre servicio prestado y contraprestación del mismo, se hace evidente la existencia que el acto demandado carece de motivación en dicho sentido.

De igual manera, tampoco se cuenta con otro medio probatorio para determinar que en efecto la adopción de la tabla de honorarios bajo estudio fuera una razonable y sopesada decisión tomada por la Gerencia de la entidad demandada, pues pese a que mediante auto admisorio de 27 de septiembre de 2016 se le requirió para que allegara *copia de los antecedentes técnicos, jurídicos y estudios previos que dieron lugar a la expedición de la Resolución No. 328 de fecha 13 de julio de 2016*²⁷, no aportó dicha ni otro soporte adicional en ninguna de las etapas del proceso; lo que enfatiza la inexistencia de actividad previa a su expedición, con base en criterios que las áreas técnicas responsables tienen en cuenta al fijar requisitos específicos de estudio, de experiencia, así como las condiciones del mercado, las competencias y responsabilidades inherentes al objeto contractual a desarrollar.

²⁶ **Artículo 7. Plan Anual de Adquisiciones.** Las Empresas Sociales del Estado deben elaborar un Plan Anual de Adquisiciones, que podrán actualizar de acuerdo con sus necesidades, el cual debe contener la lista de bienes, obras y servicios que pretenden adquirir durante el año, acorde con las necesidades de la entidad y los recursos con que se cuenta. Este plan y sus actualizaciones deben ser publicados en la página web de la entidad y en el Sistema Electrónico de Contratación Pública -SECOP-.

²⁷ Folio 39 del cuaderno principal del expediente.

Con todo lo expuesto, se tiene que la Subred Integrada de Servicios de Salud sur Occidente ESE incurrió en falsa motivación del acto administrativo, entendida por el Consejo de Estado, como un error de hecho o de derecho, por la inexistencia de los supuestos fácticos o normativos necesarios para aplicar la norma en la que se basa para su decisión:

(...) En relación con la falsa motivación, vicio invocado por los demandantes, es de precisar que la misma se configura cuando los hechos son falsos, bien porque nunca ocurrieron o se describen de forma distinta a como ocurrieron, y cuando los hechos ocurridos se aprecian erróneamente, porque no tienen el alcance ni producen los efectos que les da el acto administrativo, o no corresponden a los supuestos descritos en las normas que aquél invoca. En términos de la doctrina, la causal de "falsa motivación" puede consistir en que la ley exija unos motivos precisos para tomar una decisión, pero el funcionario la expide sin que esos motivos se presenten, caso en el cual se habla de la inexistencia de motivos legales o falta de motivos, como también en que los motivos invocados no han existido realmente, desde el punto de vista material o jurídico, caso en el cual se habla de inexistencia de los motivos invocados, de motivos erróneos o de error de hecho o de derecho en los motivos. El error de hecho ocurre cuando no existe el motivo que soporta el acto administrativo y el error de derecho cuando el motivo invocado sí existió materialmente, pero fue mal apreciado o interpretado por el funcionario (...)»²⁸. (Destacado adicional).

Por todo lo esbozado en precedencia, el Despacho considera que las anteriores consideraciones son suficientes para adoptar la decisión de declaratoria de nulidad del acto administrativo demandado, sin necesidad de un mayor estudio en los otros cargos incoados.

6. CONCLUSIÓN FINAL.

Conforme con el estudio realizado a de los cargos y argumentos de la demanda, según las pruebas obrantes en el expediente y a la luz de las normas aplicables al caso, es claro que la presunción de legalidad del acto administrativo demandado fue desvirtuada, bajo el entendido de que se encuentran probados las causales de Falsa Motivación.

7. CONDENA EN COSTAS.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia de 12 de octubre de 2017. Consejero ponente: Stella Jeannette Carvajal Basto. Radicación número: 11001-03-27-000-2013-00007-00 (19950) Actor: Jorge Enrique Robledo Castillo y Otros. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN.

Finalmente, el Despacho no impondrá condena en costas a la parte vencida, de conformidad con lo previsto por el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en atención a que el medio de control incoado corresponde al de nulidad de un acuerdo de un ente del orden distrital, en donde se erige la defensa de legalidad del ordenamiento jurídico como un **interés público**.

Lo anterior, siguiendo la orientación que ha reiterado la Jurisprudencia del Consejo de Estado²⁹, en el sentido que al tratarse de procesos contencioso administrativos de simple nulidad, no hay lugar a condenar en costas pues el CPACA prevé precisamente que el juez dispondrá de las mismas **siempre y cuando no se ventile un interés público**, lo cual ocurre siempre en este medio de control.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ– SECCIÓN PRIMERA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución No. 358 de 13 de julio de 2016, expedida por la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente ESE, *por medio de la cual se adopta en la Subred Integrada de Servicios de Salud Sur Occidente E.S.E., la tabla de honorarios para las personas naturales que se contraten mediante la modalidad de contratación directa de prestación de servicios y se dictan otras disposiciones.*

SEGUNDO: NO IMPONER condena en costas, de conformidad con lo señalado en los considerandos de este proveído.

TERCERO: En firme esta sentencia, archívese el expediente dejando las constancias del caso.

²⁹ Ver Sentencias del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo: - Sección Segunda, Subsección "A", C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas, del 26 de abril de 2018, radicado 11001 03 25 000 2015 00277 00 Numero interno: 0541-2015; - Sección Tercera, subsección "A", C.P. Marta Nubia Velásquez Rico, en providencia del 2 de agosto de 2018, radicado 11001-03-26-000-2013-00162-00(49150)A

CUARTO: Esta decisión se notifica de conformidad al artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A. (Ley 1437 de 2011).

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUZ MYRIAM ESPEJO RODRÍGUEZ
Jueza

35.000