



372

Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A**

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicación: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: WILMER CAICEDO MAESTRE
Demandado: HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LÓPEZ E.S.E.

Temas: Contrato de prestación de servicios. Relación laboral subordinada. Ejecución habitual y cotidiana de actividades como médico dermatólogo en las instalaciones hospitalarias.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-035-2019

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 11 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

El señor Wilmer Caicedo Maestre, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López.

¹ Folios 2 a 15.



Pretensiones²:

1. Declarar la nulidad del acto administrativo del 22 de noviembre de 2013, proferido por el gerente de la entidad demandada y por medio del cual se negó la solicitud de reconocimiento de la relación laboral.
2. Declarar que entre el señor Wilmer Caicedo Maestre y la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López existió una relación de carácter laboral.

A título de restablecimiento del derecho, rogó por lo siguiente:

3. Condenar a la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López a pagar en favor del demandante las sumas correspondientes por concepto de: cesantías, intereses a las cesantías, sanción moratoria por no consignación de las cesantías en un fondo, primas de navidad, de servicios, de vacaciones, indemnización por despido injusto, así como el reintegro de los valores pagados por el señor Caicedo Maestre a salud y pensión.
4. Condenar en costas a la demandada.

Fundamentos fácticos relevantes³:

1. El señor Wilmer Caicedo Maestre manifestó que prestó sus servicios como médico dermatólogo a la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López entre el 23 de febrero de 1993 y el 30 de junio de 2013.
2. En dicho lapso ejecutó sus funciones bajo la dependencia y subordinación del gerente y personal administrativo, con una jornada laboral de lunes a viernes por más de 8 horas diarias, impuesta por el ente hospitalario. Asimismo, aseveró que prestó su servicio de manera personal, con subordinación y recibió de manera mensual un salario por ello.
3. El 19 de noviembre de 2013 solicitó el pago de sus prestaciones sociales ante la entidad demandada, a lo cual esta negó la petición mediante acto administrativo del 22 de los mismos mes y año, el cual fuera notificado el 4 de diciembre de esa anualidad.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁴

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁵

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

² Folios 2 a 3.

³ Folios 3 a 5.

⁴ Folios 233 a 237.

⁵ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.



Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁶.

En el presente caso, en folios 233 a 234, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[...] advierte el Despacho en primer lugar, que si bien es cierto la excepción de “prescripción” se encuentra catalogada dentro de aquellas que deben resolverse en esta oportunidad, también lo es que para ello, se debe determinar primero si al actor le asiste o no el derecho reclamado, y, en caso de encontrar acreditado éste, analizar si existe prescripción de las asignaciones mensuales solicitadas, aplicándose la regla general de prescripción trienal, lo cual es pertinente únicamente al resolver el fondo del asunto.

Ahora bien, en relación con la excepción de “inepta demanda”, si bien ésta se encuentra catalogada como aquellas para resolver dentro de la presente audiencia, también lo es que los argumentos expuestos por el apoderado de la entidad demandada para fundamentarla, tiene que ver con lo que se va a decidir en el fondo del asunto.

Finalmente, con relación a la excepción de “legalidad del acto administrativo demandado”, planteada por el Hospital Rosario Pumarejo de López, no se hará pronunciamiento alguno, pues ésta al igual que las anteriores, atañe al fondo del asunto, y por tanto, se resolverán al dirimir el conflicto, es decir, en la sentencia. [...]»

La decisión quedó notificada en estrados. Las partes manifestaron estar de acuerdo.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁷

En el *sub lite*, en folios 234 y 235, el Tribunal fijó el litigio así:

«[...] lo que se convierte en motivo de debate en el presente asunto, es, en primer lugar, establecer si es nulo o no el acto administrativo contenido en el oficio de fecha 22 de noviembre de 2013 por medio del cual el Gerente del Hospital Rosario Pumarejo de López niega el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas por el actor tales como, cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad, prima de servicio, vacaciones, prima vacacional, y demás emolumentos, así como el 100% de los aportes tanto de salud como en pensión, a partir del 23 de

⁶ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

⁷ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.



febrero de 1993 hasta el 30 de junio de 2013 período durante el cual laboró en ese establecimiento bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá establecer si existió una relación laboral desde el 23 de febrero de 1993 hasta el 30 de junio de 2013, entre el señor WILMER CAICEDO MAESTRE y el Hospital Rosario Pumarejo de López sin solución de continuidad; y como consecuencia de ello, si el hoy demandante tiene derecho a que se le paguen las prestaciones sociales, y demás derechos laborales generados en igualdad de condiciones a los que devengan los demás empleados públicos de la entidad. Asimismo, al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías, la indemnización por despido injusto, al reintegro de los valores pagados por concepto de salud y pensión.

Finalmente, se deberá estudiar la procedencia de la indexación de los valores correspondientes a prestaciones sociales, y el pago de las costas. [...]».

Las partes manifestaron estar de acuerdo con el litigio planteado.

SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo del Cesar, en sentencia escrita dictada el 11 de agosto de 2016, resolvió:

«[...] **PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de "legalidad del acto administrativo demandado, inepta demanda y prescripción de los derechos laborales", propuestas por la entidad demandada, en atención a las explicaciones que anteceden. **SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio sin número, de fecha 22 de noviembre de 2013, por medio del cual, el Gerente del Hospital Rosario Pumarejo de López E.S.E., negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales a que tiene derecho el señor WILMER CAICEDO MAESTRE; declarando en consecuencia la existencia de una relación laboral entre el demandante y el ente hospitalario, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. **TERCERO:** Como restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la E.S.E.S HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LÓPEZ, a reconocer y pagar al señor WILMER CAICEDO MAESTRE, a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales que se reconocen a los empleados del ente hospitalario, que desempeñaban similar labor, tomando como base para la liquidación los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, por el período comprendido entre el **13 de agosto de 2010 y el 18 de julio de 2012, excluyendo los periodos de tiempo en que no tuvo contrato vigente. CUARTO:** Asimismo, **CONDENAR** a la E.S.E. HOSPITAL ROSARIO PUMAREJO DE LÓPEZ, a que pague a favor del señor WILMER CAICEDO MAESTRE, la cuota parte correspondiente que no trasladó al Sistema de Seguridad Social (Salud y Pensión). El tiempo laborado se computará para efectos pensionales. [...] **SEXTO: NEGAR** las demás pretensiones de la demanda. [...]» (Negrita y mayúscula del texto original)

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal encontró demostrada la prestación personal del servicio por parte del demandante a la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, pero únicamente por el periodo comprendido entre el 13 de agosto de 2010 y el 18 de julio de 2012.

⁸ Folios 276 a 298.



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

Respecto a los otros periodos alegados por el señor Caicedo Maestre, sostuvo que no se aportó un medio de prueba que permitiera inferir la existencia de la relación laboral con anterioridad o posterioridad a esa fecha, como son los contratos u otros documentos de los cuales se advirtiera la prestación del servicio.

Asimismo, agregó que los contratos de prestación de servicios aportados por el demandante, correspondientes a los años 2008 y 2009 no demuestran la existencia de una relación entre este y el hospital porque estos dieron cuenta de la contratación de servicios por parte de la E.S.E. con la Cooperativa de Trabajo Asociado Trainsalud – Cootrainsalud y, sostuvo, que de estos no podía inferirse la prestación del servicio de dermatología por parte del demandante a la entidad demandada.

Frente al elemento de la continuada subordinación y dependencia, indicó que el objeto contractual para el cual fue contratado el señor Wilmer Caicedo Maestre fue el de prestar servicios como dermatólogo, por lo cual concluyó que en cumplimiento de sus funciones se podía afirmar que este brindó atención permanente las 24 horas en los servicios de dermatología, urgencias, hospitalización, consulta externa y cirugía, motivo por el cual su labor la debía realizar en un horario determinado necesariamente por el hospital con lo cual se limitó su autonomía e independencia porque de lo contrario, se afectaría la prestación del servicio de salud.

Finalmente, consideró que en el presente caso no operó el fenómeno de la prescripción porque la reclamación administrativa fue incoada el 19 de enero de 2013 y la vinculación con la entidad demandada finalizó el 18 de julio de 2012, es decir que no habían transcurrido los tres años para reclamar su derecho.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López apeló la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar, al considerar que este erró al encontrar acreditada la subordinación y dependencia continuada entre el demandante y el hospital. Para el efecto, señaló que el demandante no allegó pruebas que acreditaran la configuración de ese elemento de la relación laboral, así como tampoco probó que la labor fuera inherente a la entidad y la similitud de las funciones que cumplía con las del personal de planta.

En ese sentido, indicó que entre contratante y contratista se configuró una relación de coordinación que no puede ser confundida con la subordinación laboral, y que en virtud de la primera también se puede exigir el cumplimiento de un horario, dar instrucciones o exigir la entrega de informes.

Con base en lo anterior solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda por cuanto no está demostrada la existencia de una relación laboral entre demandante y el ente hospitalario

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada allegó escrito de alegaciones en segunda instancia de forma extemporánea; por su parte, el demandante y el Ministerio Público guardaron silencio

⁹ Folios 304 a 310.



en esta etapa. Todo lo anterior según la constancia obrante a folio 355 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el *sub examine* se comprobó la configuración del elemento de la continuada subordinación y dependencia entre el señor Wilmer Caicedo Maestre y la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, pese a haber sido vinculado mediante contratos de prestación de servicios?

En caso afirmativo,

2. ¿En el *presente caso*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Wilmer Caicedo Maestre y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

Primer problema jurídico:

¿En el *sub examine* se comprobó la configuración del elemento de la continuada subordinación y dependencia entre el señor Wilmer Caicedo Maestre y la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, pese a haber sido vinculado mediante contratos de prestación de servicios?

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»



375

Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: el demandante demostró la configuración de la subordinación o dependencia continuada. Lo anterior se sustenta en las razones que se explican a continuación.

Contrato de prestación de servicios vs contrato realidad

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

«**Artículo 32.** 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:

[...]

3. 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. [...]» (Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹², y no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹³.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁴ y como medida de protección de la relación laboral, porque a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁵.

¹² Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

¹³ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁴ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

¹⁵ Corte Constitucional C-614 de 2009.



Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha suscrito convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", ratificó el "Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
 - b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
 - c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
 - d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
- [...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Sala)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁶ se consagró la

¹⁶ «**Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el



obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el citado Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

«**ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.» (Subraya la Sala).

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas anteriormente, el cual se desarrolla seguidamente.

Naturalización de la relación laboral

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestran la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.¹⁷

máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.»

«**Artículo 2** **Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»

¹⁷ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Extremos temporales de la relación en el *sub lite*

En virtud de los razonamientos esbozados, en el presente caso se observa conforme con la documentación obrante en el expediente que el señor Wilmer Caicedo Maestre prestó sus servicios como dermatólogo en la entidad demandada, de la siguiente forma:

N.º CPS	Objeto	Periodo	Valor	Folio
170/10	Prestar servicios profesionales en dermatología	16/08/10 a 31/12/10	\$18.000.000	29-37
016/11	<i>Ibidem</i>	03/01/11 a 31/01/11	\$4.000.000	38-42
160/11	<i>Ibidem</i>	03/10/11 a 31/12/11	\$24.000.000	43-48
S/N	<i>Ibidem</i>	02/01/12 a 29/02/12	\$16.000.000	54-57
186/12	<i>Ibidem</i>	18/04/12 a 17/07/12	\$24.000.000	49-53

De acuerdo con lo anterior, está debidamente acreditado en el expediente que el señor Caicedo Maestre prestó sus servicios como dermatólogo al hospital demandado entre el 16 de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2011, entre el 3 de octubre de 2011 y el 29 de febrero de 2012, y entre el 18 de abril de 2012 y el 17 de julio de la misma anualidad.

Elementos de la relación laboral

- **Subordinación y dependencia continuada**

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad.

De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

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



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

[...]

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

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»¹⁸

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

Ahora bien, en cuanto a la subordinación y dependencia continuada, se advierte que la inconformidad de la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López, consiste en que la relación existente entre esta y el demandante fue de coordinación de actividades y no de subordinación, elemento cuya configuración tampoco fue debidamente acreditada por el señor Caicedo Maestre.

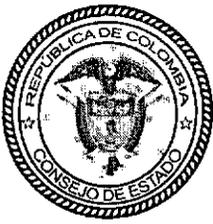
En ese sentido, se observa que el demandante suscribió entre 2010 y 2012 varios contratos con la Empresa Social del Estado demandada cuyo fin era, precisamente, contratar la prestación de los servicios especializados en dermatología en el ente hospitalario y cuyas obligaciones a cargo del contratista se concentraron en:

¹⁸ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

«[...] El contratista se compromete para con el Hospital, a cumplir con las siguientes obligaciones contractuales: Cubrir los servicios de Dermatología así: 1) Proceso de Urgencias: a) Realizar la valoración inicial de Urgencias de los usuarios que requieran valoración por Reumatología (*sic*) solicitada previamente por los especialistas de este servicio. b) Realizar la Ronda Médica Diaria con su respectiva valoración médica en la historia clínica. c) Brindar atención con oportunidad y racionalidad científica. d) Contestar con oportunidad las valoraciones de Interconsultas de las otras especialidades en Urgencias. e) Brindar atención permanente las 24 Horas en Urgencias. f) Realizar las remisiones con oportunidad una vez que exceda nuestra capacidad instalada y/o un mayor nivel de complejidad, al igual que las remisiones de los usuarios de otros Departamentos que se le hace atención inicial de Urgencias y deben ser remitidos a su respectivo ente territorial competente. g) Realizar las contrarreferencias a igual o menor nivel de complejidad, una vez el paciente se encuentre en condiciones para que ésta sea realizada. 2) Proceso de Hospitalización: a) Realizar las valoraciones diarias intrahospitalarias de los pacientes que se encuentren en Hospitalización. b) Realizar las Rondas Diarias de los pacientes de Hospitalización con su respectiva descripción médica en la Historia Clínica. c) Brindar atención con oportunidad, continuidad y racionalidad científica. d) Contestar con oportunidad las valoraciones e Interconsultas de las otras especialidades en el área de Hospitalización. e) Realizar las remisiones con oportunidad una vez que exceda nuestra capacidad instalada y/o un mayor nivel de complejidad. f) Realizar las contrarreferencias a igual o menor nivel de complejidad, una vez el paciente se encuentre en condiciones para que ésta sea realizada. 3) Proceso de Consulta Externa: a) Brindar atención integral con oportunidad, racionalidad científica en el área de Consulta Externa con una atención de lunes a viernes 288 consultas mensuales. 4) Proceso de Cirugía: a) Realizar Cirugías Programadas. El Proceso deberá desarrollarse 48 horas mensuales, 80 cirugías promedio mes mínimo. Además de lo anterior deberán participar activamente en la realización de las siguientes actividades: 1) Lunes: 7:00 a.m. Visita General todo el Hospital. 2) Martes: Sección Radiologías. 3) Miércoles: Sección Patología. 4) Jueves: Sección Caso Clínico. 5) Viernes: Revisión Artículos. 5) El contratista elaborará y entregará los informes escritos relacionados con la prestación del servicio que el supervisor del contrato solicite y cuando por causa de fuerza mayor se requiere modificar la estructura y prestación de servicio o proceso de forma temporal o permanente, El Contratista dispondrá lo pertinente para que se atiendan las necesidades del hospital. 6) Cumplir con los estándares de productividad e indicadores de eficiencia establecidos para cada servicio o proceso, debiendo compensarse en caso de no cumplirse por causas imputables al contratista. 7) El Contratista se obliga a ejecutar idónea y oportunamente la prestación del servicio, en el lugar indicado, con la frecuencia requerida, garantizando la calidad, eficiencia, eficacia, oportunidad, celeridad y economía en el servicio. 8) El Contratista debe garantizar el correcto y completo diligenciamiento de las Historias Clínicas y Registros que deban ser tramitados por el Contratista, en los cuales deben quedar debidamente consignados los procedimientos efectuados, la firma, sello, fecha y hora en que es realizado, hallazgos encontrados, se deben evitar tachaduras, enmendaduras y espacios en blanco en las historias clínicas; descripción completa de cirugías, procedimientos y evoluciones, resultado de exámenes de laboratorio y ayudas diagnósticas. Información al usuario y/o su familiar sobre su estado de salud, diagnóstico, pronóstico, plan de tratamiento, riesgos y obtener su autorización (consentimiento o disentimiento informado) para la realización de procedimientos, de conformidad con la Resolución No. 1995 de 1999 emanada del Ministerio de Salud y demás normas que la regulen. 9) Diligenciar adecuadamente los registros de los sistemas de información. 10) Atendiendo a la vocación Universitaria de la Institución Hospitalaria, el Contratista apoyará dentro de la ejecución del proceso en el programa docente de la E.S.E.- Hospital Rosario Pumarejo de López, de acuerdo a la rotación de estudiantes en su especialidad. 11) Responder por los bienes entregados para la ejecución del contrato,



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

salvo el deterioro normal para su uso, esto solo procederá una vez el Hospital efectúe la respectiva entrega al Contratista, mediante Inventario y a través de un contrato de comodato suscrito entre las partes. 12) Conocer y aplicar las normas vigentes en materia de Seguridad social en salud, para definir conductas y planes de manejo con racionalidad técnico científicas en el área de observación con el fin de disminuir la estancia de estos pacientes y el hacinamiento en dicha área. 13) Observar las recomendaciones que durante el desarrollo del contrato imparta el Hospital. 14) El Contratista se obliga a prescribir los medicamentos establecidos en el Plan Obligatorio de Salud, señalados en el Acuerdo No.228 de 2002 y las normas complementarias que lo complementen, adicionan o modifiquen, emanado del Ministerio de la Protección social. En el caso que de acuerdo a las necesidades del paciente o que de acuerdo a la patología amerite alguno no incluido en el POS se debe diligenciar el formato establecido para tal fin. 15) Atender las solicitudes del Hospital, para la gestión de los procesos, procedimientos y actividades asistenciales y administrativas generadas en todo lo relacionado con el sistema integral de gestión de calidad: MECI, Sistema Obligatorio de Garantía de calidad (habilitación, auditoría para el mejoramiento de la calidad, sistema de información para la calidad y acreditación. 16) El contratista se obliga a cumplir los procesos objeto del presente contrato, dentro de los criterios de Acreditación en Salud implementados por el Hospital. 17) Colaborar en forma efectiva en el proceso de facturación mediante la decidida participación en la parte del proceso que le corresponda. 18) Aportar las respectivas autoliquidaciones correspondientes a Salud, Pensión y Riesgos Profesionales. [...]»¹⁹

De la lectura de las obligaciones contractuales a cargo del señor Wilmer Caicedo Maestre, la Subsección estima que, por regla general, las actividades descritas están íntimamente ligadas con la labor profesional contratada, pero también que de la forma en que fueron redactadas, se puede inferir razonablemente que estas exigen la presencia constante del aquí demandante en el centro hospitalario y las condiciones en las que debía ejecutar sus funciones.

Así, las acciones definidas en el literal b) de los procesos de Urgencias y Hospitalización, que a su tenor indicaban: «[...] Realizar la Ronda Médica Diaria con su respectiva valoración médica en la historia clínica.[...]» y «[...] Realizar las Rondas Diarias de los pacientes de Hospitalización con su respectiva descripción médica en la Historia Clínica. [...]», permiten sostener que el demandante debía hacer presencia diaria en la E.S.E. para realizar las rondas médicas.

Situación similar se predica de las funciones contenidas en los contratos respecto a los procesos de Consulta Externa o de Cirugía, que obligaban al señor Caicedo Maestre a: «[...] a) Brindar atención integral con oportunidad, racionalidad científica en el área de Consulta Externa con una atención de lunes a viernes 288 consultas mensuales [...]» o «[...] Realizar Cirugías Programadas. El Proceso deberá desarrollarse 48 horas mensuales, 80 cirugías promedio mes mínimo. Además de lo anterior deberán participar activamente en la realización de las siguientes actividades: 1) Lunes: 7:00 a.m. Visita General todo el Hospital. 2) Martes: Sección Radiologías. 3) Miércoles: Sección Patología. 4) Jueves: Sección Caso Clínico. 5) Viernes: Revisión Artículos [...]».

Asimismo, se incluyeron en el clausulado de los contratos obligaciones a cargo del contratista, tales como: «[...] e) Brindar atención permanente las 24 Horas en Urgencias

¹⁹ Tal como se aprecia en los contratos de prestación de servicios suscritos por el demandante 170 de 2010 y 016 de 2011 (fls.29 a 42). En los contratos 160 de 2011 y 186 de 2012 se eliminó lo relacionado con el proceso de urgencias (fls.43 a 57).



[...]», «[...] a) Realizar las valoraciones diarias intrahospitalarias de los pacientes que se encuentren en Hospitalización [...]», «[...] 7) El Contratista se obliga a ejecutar idónea y oportunamente la prestación del servicio, en el lugar indicado, con la frecuencia requerida [...]» y «[...] 10) Atendiendo a la vocación Universitaria de la Institución Hospitalaria, el Contratista apoyará dentro de la ejecución del proceso en el programa docente de la E.S.E.-Hospital Rosario Pumarejo de López, de acuerdo a la rotación de estudiantes en su especialidad. 11) Responder por los bienes entregados para la ejecución del contrato, salvo el deterioro normal para su uso, esto solo procederá una vez el Hospital efectuó la respectiva entrega al Contratista, mediante Inventario y a través de un contrato de comodato suscrito entre las partes. [...]».

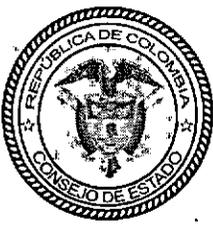
Las anteriores obligaciones de carácter contractual, se reitera, permiten inferir que el demandante sí debió ejecutar su contrato en condiciones diferentes a la independencia y autonomía propia de este tipo de vinculaciones con el Estado, pues de ellas se desprende que el señor Wilmer Caicedo Maestre tenía que hacer presencia permanente en las instalaciones del Hospital Rosario Pumarejo de López, de lunes a viernes para desarrollar las actividades contratadas en su especialidad de dermatología.

De igual forma, tenía que tener disponibilidad las 24 horas del día, los siete días de la semana, para atender los casos que se presentaran en el proceso de Urgencias que requirieran de sus precisos conocimientos, situación que implica que las actividades contractuales se desarrollaran en circunstancias de tiempo, modo y lugar que no podían ser escogidas libremente por el demandante. Asimismo, al contratista se le designaron funciones que no estaban ligadas directamente con el objeto contractual como eran aquellas de carácter docente como se trató del apoyo en la «[...] ejecución del proceso en el programa docente de la E.S.E.-Hospital Rosario Pumarejo de López, de acuerdo a la rotación de estudiantes en su especialidad [...]».

Por otra parte, de las estipulaciones de los contratos también se desprende que sus servicios no podían ser prestados en lugar diferente a las instalaciones de la entidad demandada y se le entregaban bienes del centro de salud para la ejecución del contrato, hechos que por sí solos no son indicativos de una subordinación continuada, pero que si se constituyen en indicios de esta en la medida que el demandante no podía ejecutar su contrato en las circunstancias que él dispusiera libremente.

De acuerdo con lo anterior, la Subsección estima que las obligaciones contractuales a cargo del señor Wilmer Caicedo Maestre no permitían que este ejecutara su contrato en condiciones autónomas y de independencia respecto al Hospital Rosario Pumarejo de López porque, de la forma en que fueron estipuladas, se desprende razonablemente que estas debían ser desarrolladas en forma tal que, de actuar como un verdadero contratista por prestación de servicios hubiera conllevado el incumplimiento del contrato por parte de este y, por consiguiente, se hubiera sometido a las consecuencias legales que le impusiera el ente hospitalario.

Igualmente, la Corporación estima que dicha relación de subordinación y dependencia continuada encuentra respaldo probatorio en las declaraciones de los testigos Balmiro José Carrillo Maestre y Ricardo María Oliveros Zubiría, quienes también fungieron como médicos en la entidad demandada, el primero como cirujano estético y el segundo como dermatólogo, idéntica especialidad a la del aquí demandante.



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

En ese sentido, el señor Balmiro José Carrillo Maestre sostuvo en su declaración:

«[...] **Preguntado:** ¿Señale si lo sabe en qué fechas estuvo vinculado el señor Wilmer Caicedo Maestre al Hospital Rosario Pumarejo de López y qué funciones realizaba? **Contestó:** [...] creo que él tiene su especialidad y yo tengo la mía, laborábamos juntos, con horarios todos, él tenía que asistir a consultas igual que yo. Procedimientos quirúrgicos, uno que otro y él creo que hacía cirugías dermatológicas que él es dermatólogo y atendía horarios, tenía que cumplir horario como los cumplía cualquiera de los demás, como todos los médicos que trabajaban en el Hospital Rosario Pumarejo de López, estábamos sometidos a una subordinación por un coordinador médico que le establecía los horarios a uno. [...] **Preguntado:** Usted manifestó que el señor Caicedo Maestre al igual que usted recibía órdenes y cumplía horarios ¿puede decirme de quiénes recibía órdenes y cuál era el horario que cumplían? **Contestó:** Las órdenes siempre se reciben de un coordinador médico, él es el que rige o pone los horarios, tiene una secretaria ahí donde le hace el horario a todos los médicos, ósea, cuando le toca a usted la consulta, cuando le toca la cirugía, cuando le toca la consulta si uno puede ser interconsulta porque todos los pacientes los pone el hospital, la institución, entonces ellos le dan un número X de pacientes 10, 20, 15, los que hayan para el día que le toque a uno la consulta por ejemplo, y eso, pero eso lo rige el coordinador médico que este de turno porque esos los cambian a cada rato, a veces duran, a veces no duran, eso es un proceso ahí de yo voy tu vienes. **Preguntado:** ¿Cada cuánto eran los turnos? **Contestó:** No, eso de los turnos, eso lo programan a uno su semana, ósea si uno tiene consulta particular por ejemplo todos los miércoles es los miércoles, si uno tiene cirugía el jueves es el jueves quirúrgico, la programación en mi caso, en la de él también, tenía sus días asignados igual que uno, sus días de consulta, yo creo que ellos daban más consultas que uno porque uno era más quirúrgico que consulta, ellos daban 2, 3 veces a la semana, no sé cuántos días a la semana, pero si daban consulta regidos por una programación que hacía el hospital y había que cumplir el horario. **Preguntado:** ¿Acláreme un asunto, trabajaban de lunes a viernes y cumplían horario durante esos días o era esporádico? **Contestó:** No, se trabajaba la programación de consulta y cirugía de lunes a viernes, la programación como tal, independientemente de que haya una urgencia, en mi caso pues, como cirugía plástica, en el caso de él las interconsultas aguantaban, el paciente no era tan vital, pero habían urgencias de cirugía reconstructivas que son diferentes porque esa es una especialidad diferente a la mía, pero el horario es de lunes a viernes, no sé si a ellos les pondrían interconsulta los fines de semana, pero de lunes a viernes había un horario que cumplir. **Preguntado:** ¿Y ese horario era de cuándo a cuándo? **Contestó:** Ese horario era de, como de 8 horas, porque uno se estaba todo el día en el hospital, ahora el horario por ejemplo de consulta si era en la tarde era en la tarde o si era en la mañana al otro día en la mañana, el horario que le correspondía a uno, que le colocaba la administración, la coordinación médica, por lo general, por ejemplo, yo coincidía algunas veces con ellos, ciertos días con el doctor Caicedo porque las consultas quedan todas en el primer piso y ahí quedaban los consultorios a un lado, [...] pero si coincidíamos muchas veces con la consulta por lo general una vez a la semana [...] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si lo sabe si el doctor Wilmer Caicedo en algún momento llevó un médico para que lo reemplazara o asumiera él los costos de este, o si por el contrario siempre prestó el servicio? **Contestó:** Yo creo que eso no estaba permitido, si uno iba a salir de algún problema de tipo familiar o cualquier otra situación de índole de estudios como los congresos, los simposios esos, eso se coordinaba con tiempo con el coordinador médico y ellos se encargaban de buscar el suplente, quien lo supliera a uno, pero uno no podía hacer eso, a menos que ellos lo sugirieran, que digan a quién dejas, pero como habían me imagino, en mi caso



nosotros éramos varios, entonces quien no va, usted se queda, usted cubre pero uno no podía hacer eso. [...]»²⁰

Por su parte, el señor Ricardo María Oliveros Zubiría manifestó lo siguiente:

«[...] **Preguntado:** ¿Le consta si el señor Wilmer Caicedo Maestre recibió órdenes o directrices de algún jefe inmediato y si estaba sometido al cumplimiento de horarios? **Contestó:** Me consta de que como estábamos en la misma función, nosotros recibíamos órdenes de jefes inmediatos y nos programaban bajo agendas la atención diaria de pacientes, las interconsultas que ameritaba el momento en cuanto pacientes internados y nos programaban formalmente el ejercicio de cirugías programadas, las cuales teníamos que cumplir de acuerdo a agendas pre hechas por la dirección del hospital y su órgano de control que era el coordinador médico. [...] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si lo sabe si el hospital era el que elaboraba la agenda y quien la elaboraba? **Contestó:** Sí, nosotros en ese momento recibíamos las agendas médicas por orden de los coordinadores de turno, las cuales teníamos que cumplir, lógicamente porque las agendas mismas nos obligaba a cumplirlos. **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si lo sabe si el doctor Caicedo maestre cumplía sus funciones de manera autónoma e independiente? **Contestó:** Lógicamente que no podíamos ser autónomos, autónomos no podíamos serlo porque teníamos que cumplir un plan trazado que era una agenda, en su defecto no podíamos ser autónomos y por ende el doctor Caicedo tampoco podía serlo. **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si lo sabe si el doctor Wilmer Caicedo Maestre en algún momento llevó un médico para que lo reemplazara o asumiera él los costos de este, o si por el contrario siempre prestó su servicio de manera personal? **Contestó:** Se cumplía el doctor Caicedo igual que yo, cumplíamos en forma personalizada el trabajo asignado, no había forma de evadirlo y teníamos que cumplirlo cuando no lo podíamos cumplir por algún evento extra fuera de la voluntad de uno teníamos que pedir permiso para no hacer de acuerdo a la causa que desencadenara el no poder realizarlo. **Preguntado:** ¿De estos permisos que usted habla eran verbalmente o por escrito? **Contestó:** Todo es por escrito, los permisos siempre se piden por escrito ya sea que fuesen congresos por realizar, calamidades domésticas, todo tenía que hacerse por escrito, permisos a veces eso nunca se hizo, nunca se realizó. [...] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si lo sabe si el hospital le asignaba la jornada laboral al doctor Wilmer Caicedo Maestre o por el contrario era este quien decidía a qué hora ejecutaba sus labores como médico? ¿Igualmente, diga si lo sabe de qué hora a qué hora y que días el doctor Caicedo prestaba sus servicios? **Contestó:** Teníamos que cumplir las agendas que no eran hechas por nosotros, ya lo dije anteriormente, y lo hacíamos en forma diaria y no era función de nosotros hacerla, sino que venían ya hechas por la respectiva autoridad que era la coordinación médica ósea que trabajábamos todos los días y hacíamos el trabajo lógicamente según las programaciones que nos asignaban diariamente. [...]»²¹

Conforme con las declaraciones de los testigos, para la Subsección existe claridad sobre el hecho de que el demandante efectivamente cumplía sus obligaciones contractuales en el ente hospitalario, con elementos e insumos del Hospital Rosario Pumarejo de López en los procesos de consulta externa, consulta de pacientes hospitalizados y de cirugía, en condiciones similares a las del personal de planta y en unos turnos u horarios definidos por el ente hospitalario.

En ese orden de ideas, pese a no obrar otros elementos de prueba además de la aquí relacionada que acredite la configuración de la continuada subordinación y

²⁰ Testimonio obrante en CD de la audiencia de pruebas a folio 159 (video 1).

²¹ *Idem* (Video 2).



dependencia, tanto los contratos como la prueba testimonial es suficiente, en este caso, para encontrar demostrado que el señor Wilmer Caicedo Maestre no podía desarrollar las actividades para las cuales fue vinculado contractualmente en forma autónoma e independiente respecto de la entidad contratante, por lo que no se trató de una relación de coordinación entre estos.

Ahora, resulta pertinente advertir que, por regla general, situaciones tales como recibir instrucciones sobre la ejecución del contrato o presentar informes respecto a este, no configuran por sí solos una relación de subordinación o dependencia continuada, ello porque dichas acciones pueden corresponder, precisamente, a la forma en que debe desarrollarse la labor contratada, es decir, hacen parte de la necesaria coordinación en la prestación de los servicios.

Lo anterior, toda vez que hay actividades que deben, necesariamente, surtirse en determinados horarios o periodos que implican coordinar entre contratante y contratista su ejecución. Asimismo, tampoco se puede pasar por alto que, el hecho de que la vinculación sea contractual, aquel que contrata el servicio no pueda ejercer un grado de vigilancia respecto al desarrollo de la labor contratada, ello, se precisa, en virtud de la obligatoriedad para quien contrata de fijar los parámetros necesarios para garantizar la correcta ejecución de los recursos públicos.

Sin embargo, en el *sub examine*, la relación de coordinación entre el señor Wilmer Caicedo se desvirtúa en la medida que la obligación contractual del demandante como médico dermatólogo debía prestarse en condiciones similares a las de los médicos de planta, pues, pese a su especialidad, debía permanecer en la institución de lunes a viernes, ocho horas diarias, desempeñar labores de atención a los pacientes que dispusiera la demandada en la cantidad que esta indicara, realizar las cirugías que le ordenaran y cumplir con funciones ajenas a la simple prestación de sus servicios especializados como dermatólogo para lo cual fue vinculado, pues estaba obligado contractualmente a desarrollar funciones docentes por tratarse de un hospital universitario.

Asimismo, se reitera, el demandante debía tener disponibilidad las 24 horas del día en caso de urgencias médicas, hecho que valorado de forma individual no necesariamente permita identificar que este se encontrara en condiciones de subordinación y dependencia continuada, pero que en conjunto con los elementos aportados por las pruebas allegadas al proceso; permite inferir que la labor no era autónoma e independiente pues dicha situación implica que debía desarrollar las actividades contractuales en circunstancias de tiempo, modo y lugar que no podían ser escogidos libremente por el señor Wilmer Caicedo Maestre.

Finalmente, los testigos fueron contestes, responsivos y congruentes en el hecho de que los coordinadores médicos eran quienes determinaban las agendas con los turnos u horarios de los médicos y que era a ellos a quienes debían dirigirse para tramitar los permisos para ausentarse del centro hospitalario y, si bien los señores Carrillo Maestre y Oliveros Zubiría también fueron vinculados como contratistas al hospital, la Subsección no advierte de sus declaraciones la intención de beneficiar con ellas al aquí demandante o de tener algún interés en el presente proceso como para considerarlos testigos sospechosos, situación que tampoco advirtió en su oportunidad el apoderado de la entidad demandada.



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

En esos términos, la Corporación considera que el material probatorio obrante en el proceso es suficiente para encontrar acreditados los elementos esenciales de un contrato de trabajo y, por consiguiente, considera que el Tribunal Administrativo del Cesar acertó al encontrar probada la existencia de la relación laboral, motivo por el cual se confirmará la sentencia apelada.

En conclusión: El señor Wilmer Caicedo Maestre acreditó fehacientemente encontrarse en una relación de subordinación y dependencia continuada respecto de la E.S.E. Hospital Rosario Pumarejo de López por cuanto de sus obligaciones contractuales se desprende que tenía que hacer presencia habitual y continua en las instalaciones del hospital, así como tener disponibilidad 24 horas al día para atender las urgencias que ameritaran de su especialidad o desarrollar actividades que no estaban relacionadas directamente con el objeto para el cual fue contratado.

Colofón de lo anterior, no tienen vocación de prosperidad las razones invocadas en la alzada por la entidad demandada al señalar que en el *sub examine* se configuró una relación de coordinación entre contratante y contratista, porque las funciones contractuales fijadas en los contratos permiten entrever que el demandante no podía ejecutar su objeto contractual, en forma autónoma e independiente

Segundo problema jurídico

¿En el *presente caso*, hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Wilmer Caicedo Maestre y cómo debe restablecerse el derecho de la demandante frente a los aportes a pensión?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Pese a que la jurisprudencia reconoce que la sentencia declarativa del contrato realidad es constitutiva del derecho, los interesados no pueden exonerarse de su deber de reclamar el derecho dentro de los tres años siguientes a la finalización del vínculo contractual, pero respecto a los aportes pensionales dicho término no aplica, como se explica a continuación.

Prescripción aplicada al contrato realidad

En materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²² y 102 del Decreto 1848 de 1969²³ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

²² «Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

²³ «Artículo 102. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»



Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, esta Sección, en la mencionada Sentencia de Unificación Jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estipuló las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad²⁴:

«[...] i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

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

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

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

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

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

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).



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

Conforme con lo previsto en la sentencia de unificación jurisprudencial, en su aparte aquí transcrito, se colige lo subsiguiente:

- El término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- En aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.²⁵

En virtud de lo anterior se analizan los siguientes supuestos en el presente caso:

- La petición de reconocimiento y pago de las acreencias laborales por parte del demandante, fue radicada ante la entidad demandada el 19 de noviembre de 2013²⁶,
- por tratarse de vinculaciones interrumpidas al servicio público la primera de 7 meses y la segunda de un mes y 12 días, el término para contar la prescripción extintiva debe empezar a partir de la finalización de cada uno de los periodos contractuales.
- Quiere decir lo anterior, que el plazo para reclamar los derechos prestacionales derivados del periodo de vinculación laboral comprendido entre el 16 de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2011, corrió hasta el 1.º de febrero de 2014.
- Luego, al no haber transcurrido más de tres años entre la finalización del primer periodo contractual y la presentación de la petición tendiente al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que, se itera, ocurrió el 19 de noviembre de 2013, debe concluirse que no prescribieron las prestaciones causadas en el periodo anotado y en los subsiguientes.

Ahora bien, pese a que no se configuró el fenómeno de la prescripción, de acuerdo con la sentencia de unificación citada, el Juez Administrativo debe estudiar en todos

²⁵ En los precisos términos de la sentencia de unificación, se indicó: «[...] Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. [...]» (Subrayado de la Subsección)

²⁶ Ver folios 24 a 25.



los procesos en los cuales proçeda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así, no se haya solicitado expresamente, el tema concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En dicha providencia, la Corporación precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

De conformidad con los razonamientos precedentes, considera esta Subsección que la entidad demandada deberá, a título de restablecimiento del derecho, tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional²⁷ del demandante, dentro de los periodos contractuales efectivamente acreditados, esto es, entre el 16 de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2011, entre el 3 de octubre de 2011 y el 29 de febrero de 2012, y entre el 18 de abril de 2012 y el 17 de julio de la misma anualidad, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.

En conclusión: En el caso del señor Wilmer Caicedo Maestre no se configuró la prescripción de las prestaciones sociales y emolumentos reconocidos por el *a quo*. Asimismo, en virtud de la sentencia de unificación citada, tratándose de los aportes a pensión se deberá realizar el pago al fondo de pensiones correspondiente en los términos descritos anteriormente. En ese preciso aspecto se modificará parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia.

Decisión de segunda instancia

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección modificará parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cesar, el cual quedará de la siguiente forma:

²⁷ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

«**CUARTO.** De igual forma, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional²⁸ del demandante, dentro de los periodos contractuales efectivamente acreditados, esto es, entre el 16 de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2011, entre el 3 de octubre de 2011 y el 29 de febrero de 2012, y entre el 18 de abril de 2012 y el 17 de julio de la misma anualidad, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.»

En lo demás se confirmará la providencia apelada.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente²⁹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

²⁸ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.

²⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.



Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con el numeral 5.º del artículo 365 del CGP, porque si bien el recurso se decidió desfavorablemente para la entidad apelante, no se acreditó la causación de las costas luego de que la parte demandante no realizara actuación alguna en esta instancia.

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

FALLA

Primero: Modificar parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo del Cesar, el cual quedará de la siguiente forma:

«**CUARTO.** De igual forma, deberá tomar el ingreso base de cotización o IBC pensional³¹ del demandante, dentro de los periodos contractuales efectivamente acreditados, esto es, entre el 16 de agosto de 2010 y el 31 de enero de 2011, entre el 3 de octubre de 2011 y el 29 de febrero de 2012, y entre el 18 de abril de 2012 y el 17 de julio de la misma anualidad, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratista y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión, solo en el porcentaje que le correspondía como empleador.

En ese sentido, el demandante deberá acreditar las cotizaciones que realizó al sistema de seguridad social en pensiones durante el tiempo que duraron los vínculos contractuales, y en la eventualidad de que no las hubiese hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le incumbía como trabajador.»

Segundo: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

Tercero: Sin condena en costas.

³⁰ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

³¹ Para el efecto y según la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016, el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir, corresponderá a los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios.



128 MAR 2019

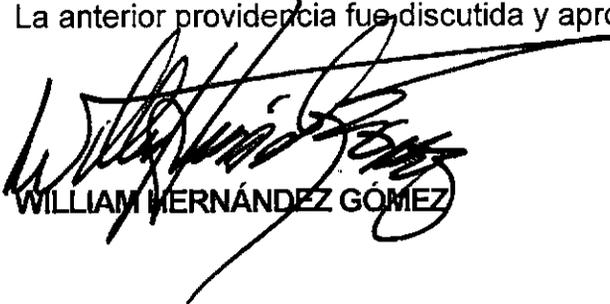
Radicado: 20001-23-39-000-2015-00070-01 (4625-2016)
Demandante: Wilmer Caicedo Maestre

Cuarto: Aceptar la renuncia al poder otorgado por la entidad demandada al abogado Juan Manuel Daza Daza y reconocer personería para actuar como apoderada del Hospital Rosario Pumarejo de López E.S.E., a la abogada Sandra María Castro Castro, identificada con la cédula 49.763.131 y tarjeta profesional 82.560 del C.S. de la J. según poder allegado a folio 361 del expediente.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ