



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

Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 6 de septiembre de 2018

Radicación: 52001-23-33-000-2013-00269-01

Número interno: 3509-2015

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Dani Alexander Toro Reyes

Demandado: E.S.E. Hospital Civil de Ipiales

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-155-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de marzo de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño que negó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró el señor Dani Alexander Toro Reyes contra la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales.

LA DEMANDA¹

El señor Dani Alexander Toro Reyes, 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 Civil de Ipiales.

Pretensiones²:

Como pretensión anulatoria solicitó:

1. Declarar la nulidad del Oficio G-795 del 4 de diciembre de 2012, suscrito por el gerente de la entidad demandada, y por medio del cual se dio respuesta a la reclamación radicada el 8 de noviembre de 2012.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2. Condenar a la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales al pago de la indemnización integral en favor de los demandantes, valores que deben ser indexados y que corresponden a prestaciones sociales y seguridad social integral, dejadas de pagar entre el 31 de mayo de 2007 y el 28 de febrero de 2009, de la siguiente forma:

Daño material en la modalidad de lucro cesante en favor del señor Dani Alexander Toro Reyes por concepto de prestaciones sociales y económicas dejadas de percibir: salarios insolutos de los meses de enero y febrero de 2009; horas extras laboradas en toda la relación laboral; dominicales y festivos por toda la relación laboral; cesantías; intereses moratorios de las cesantías; indemnización por no consignación oportuna de las cesantías; prima de navidad; prima de servicios; compensación por vacaciones cumplidas y no disfrutadas; indemnización por despido injusto; indemnización moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones; indexación o corrección monetaria; devolución por concepto

¹ Folios 1 a 20 y corrección a folios 86 a 109.

² Folios 87 a 89.

de descuento de la retención en la fuente; aportes a salud, pensión y riesgos profesionales.

Daño emergente por los correspondientes honorarios pactados con la apoderada judicial.

Perjuicios morales en razón de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL³

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.⁴

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.

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

³ Folios 346 a 352 y CD a folios 352 Bis.

⁴ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁵.

En el presente caso, a folio 347, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[...] el apoderado judicial del Hospital Civil de Ipiales E.S.E., en su escrito de contestación, formuló cuatro excepciones a saber: i) Legalidad de los contratos de prestación de servicios y/o suministro de servicios; ii) inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido; iii) inexistencia de intermediación laboral; iv) la innominada.

Así las cosas, de las excepciones propuestas, es válido afirmar que son excepciones de mérito, las cuales no hacen parte de las que se enumeran en el artículo 97 del C.P.C., modificado por el artículo 6 de la Ley 1395 de 2010 y el numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual se abordarán en la correspondiente sentencia [...]

PRIMERO: Sin lugar a pronunciarse sobre las excepciones planteadas por la parte demandada, por considerarse de fondo o de mérito, las cuales se resolverán en la sentencia respectiva. [...]

La decisión quedó notificada en estrados y las partes no interpusieron recursos.

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.⁶

⁵ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB.

En el *sub lite*, en folios 348 a 350, el Tribunal fijó el litigio respecto de las diferencias entre las partes y los problemas jurídicos:

«[...]

Hecho 1: La parte demandante expresa que fue vinculado con el Hospital Civil de Ipiales E.S.E para ejecutar labores de médico general durante el lapso comprendido entre el 31 de mayo de 2007 a febrero 28 de 2009, mediante contrato de suministro No. 067 de servicios profesionales, el cual fue prolongado en su vigencia a 9 meses, por medio de adiciones con OTRO SI, por un valor de \$28.650.222 con mesadas de \$3.183.358, y convenio de vinculación en el período comprendido entre 1 de marzo de 2008 a febrero 22 de 2009, suscrito entre la Representante de la Cooperativa COOPROAC CTA con un salario de \$3.183.358 mensuales. Por su parte, la entidad demanda responde que no es cierto, pues el vínculo se dio como persona natural en un contrato de suministro de servicios profesionales con dos modificaciones relativas a la duración del contrato.

Hecho 2: La parte actora manifiesta que se desempeñó como médico general asignado al Banco de Sangre del Hospital Civil de Ipiales E.S.E., cuyas funciones fueron las de dirigir, revisar, valorar y analizar situaciones clínicas relacionadas con donaciones y transfusiones; consulta externa; medicina interna; atención en sala de parto; ayudante de quirófano, y atención de urgencias entre otras. A su turno la entidad responde que no es cierto, toda vez que el demandante fue contratado como médico general, y por lo tanto no ha cumplido funciones, en cuanto tal concepto solo se predica de los empleados públicos. Lo que ejerció o cumplió el demandante, fueron actividades contratadas.

Hecho 3: El demandante afirma que las funciones enunciadas, se desempeñaban durante un horario establecido por parte del Subgerente científico del Hospital Civil de Ipiales E.S.E, comprendido entre las 7 am a 1 pm y desde las 1 pm a 7 pm, los días domingos según lo asignado en la hoja de turnos. Igualmente realizó turnos en fechas especiales es decir los

⁶ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

domingos y festivos. Respecto de este hecho, el apoderado de la E.S.E., explica que no es cierto ya que, siendo el actor integrante de una Cooperativa de Trabajo Asociado, el Hospital no le imponía ninguna clase de turnos, las horas que debían cumplirse fueron pactadas por dicha Cooperativa para cumplir el objetivo contractual.

Hecho 4: Manifiesta la parte actora, que todas sus funciones fueron desarrolladas bajo la subordinación de la Empresa Social del Estado mencionada, con una estricta y continuada vigilancia del Subgerente Científico, a punto que debía presentar informes mensuales, de las actividades desarrolladas, en desarrollo o ejecución de los contratos, además aduce que laboró bajo la continua y permanente subordinación, que se le daban órdenes, y se le proferían llamados de atención cuando no alcanzaba a cumplir con las diferentes funciones. Respecto de esto, la entidad aduce que no es cierto, puesto que lo que se dio, fue una supervisión del contrato de conformidad con lo pactado en la cláusula segunda y octava del contrato de suministros No. 019 celebrado con una Cooperativa de Trabajo.

Hecho 7: El demandante argumentó que el Hospital le envió una carta agradeciendo los servicios de médico a partir del 28 de febrero de 2008, orientándolo que debía vincularse con la Cooperativa especializada en prestación de servicios de salud COOPROACT. Así entonces para continuar vinculado al Hospital Civil de Ipiales E.S.E., con el fin de seguir con su labor el actor, se obligó, aun en contra de su voluntad, y se vincula a la citada cooperativa y se contratan sus servicios profesionales, con la intermediaria, el 1 de marzo de 2008 y permaneció vinculado hasta el 22 de febrero de 2009. Ahora bien, ante este hecho la E.S.E. contesta que no es cierto, pues dichos cambios fueron concertados por las partes, ya que la planta de personal era insuficiente y era necesario convocar a operadores externos para el suministro del servicio profesional, lo que significa que nunca el Hospital los obligó a dicha afiliación.

Hecho 9: El señor Toro Reyes argumenta que el Hospital con el contrato administrativo de prestación de servicios, ocultó la relación laboral, y que lo indujo injusta y arbitrariamente a asumir la totalidad de las cotizaciones en pensión, salud y riesgos profesionales, le dedujo, sin justificación legal, conceptos de retención en la fuente, todo lo cual, constituye desviación y abuso del poder. Para la parte demandada esto no es cierto, puesto que la razón por la cual el Hospital acudió a la contratación de servicios

profesionales con personas naturales o empresas proveedoras de servicios legalmente constituidas, obedeció a que solamente contaba en su planta de personal, con escasos 110 empleados, siendo necesarios alrededor de 350. Los contratos de suministro de servicios están previstos en la ley comercial y de ninguna manera constituyen abuso o desviación de poder.

Hecho 10: El demandante señala que el acto administrativo acusado ha sido expedido con infracción de las normas en que debería fundarse, ya que lo puso en actividades propias del personal de carrera vinculado a la planta de personal del HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E S E, por lo que su vinculación tenía que ser legal y reglamentaria. La entidad contesta que no es cierto y que debe demostrarse esta afirmación.

Hecho 11: El demandante alude que se desempeñó bajo la figura del suministro de servicios profesionales, mediante un contrato administrativo, funciones permanentes de un empleado de carrera administrativa, por lo que fue ilegal su vinculación con formalidad enunciada. Sobre este hecho, el Hospital refiere que es cierto toda vez que la ley 80 de 1993 dispone la posibilidad de contratar servicios personales cuando la planta de personal es insuficiente.

Hecho 13: En la demanda se afirma que el acto administrativo cuestionado, le fue comunicado el mismo día que se profirió, es decir el 4 de diciembre de 2012, y que el término de 4 meses, para que operara el fenómeno de la caducidad se completaba el 5 de abril de 2013, que posteriormente el 22 de marzo de 2013 se presentó solicitud de conciliación ante el Ministerio Público, el cual expidió la respectiva constancia que lo habilitó para presentar la demanda el 4 de junio de 2013 oportunamente. Sobre este punto la parte demandada sostiene que no es cierto pues como se propondrá y demostrará en la respectiva excepción previa, existe caducidad para presentar la acción que no debió admitirse.

Hecho 15: De la lectura que se le imparte a lo redactado en párrafo, se extrae que son inferencias subjetivas propias del apoderado de la parte demandante, quien califica de alguna manera la decisión tomada por la señora juez que remitió el proceso por el factor cuantía ante este Tribunal, razón por la cual no hay lugar a tenerse en cuenta para la fijación del litigio,

por no contener argumentos de hecho o de derecho que se relacionen directamente con el objeto de la litis planteada.

[...]

OBJETO DE LA LITIS

1.- TEMA JURÍDICO. Aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas contrato realidad

2.- PROBLEMAS JURÍDICOS.

2. 1.- PRINCIPAL. ¿Debe reconocerse prestaciones sociales y demás emolumentos, por haberse desnaturalizado los contratos de suministro de servicios profesionales, suscritos por el demandante con el Hospital Civil de Ipiales E. S. E.?

2. 2.- ASOCIADOS

2. 2. 1.- ¿De existir una vinculación laboral entre el actor y la parte demandada, es posible ordenar que se cancele las diferencias salariales dejadas de percibir, las prestaciones sociales derivadas de la anterior declaratoria, y los daños materiales y morales reclamados?

2. 2. 2.- ¿Se encuentran configurados los elementos propios de la relación laboral, a partir de la primacía de la realidad sobre las formas? [...]».

SENTENCIA APELADA⁷

⁷ Folios 448 a 455.

El Tribunal Administrativo de Nariño, en sentencia escrita dictada el 13 de marzo de 2015, resolvió:

«[...] **PRIMERO.- DECLARAR** no probadas las excepciones denominadas: *“Legalidad de los contratos de prestación y/o suministro de servicios suscritos entre el Hospital Civil de Ipiales E.S.E., y personas naturales o jurídicas frente a la posibilidad de externalización de sus servicios, inexistencia de la obligación – cobro de lo no debido, e inexistencia de intermediación laboral”* formuladas por el apoderado legal de la parte demandada.

SEGUNDO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, formulase el señor **DANI ALEXANDER TORO REYES y OTRO**, por intermedio de apoderada judicial, contra **EL HOSPITAL CIVIL DE IPIALES E.S.E.**

TERCERO.- Condenar en costas al señor **DANI ALEXANDER TORO REYES** [...]» (Cursiva y negrita del texto original)

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

El *a quo* consideró que, del análisis integral de las pruebas debidamente incorporadas al expediente, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda en tanto que, si bien pudieron estructurarse los elementos propios de la relación laboral entre el demandante y la demandada, toda vez que la reclamación se elevó, ante la entidad demandada, se hizo por fuera de los 3 años de prescripción.

Para el efecto, sostuvo que en el presente caso ocurrió el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho conforme con la sentencia proferida por el Consejo de Estado el 9 de abril de 2014, según la cual, el interesado debe

reclamar la existencia de la relación laboral dentro de los 3 años siguientes a la finalización de lo que inicialmente se trató de una vinculación contractual.

Frente al caso concreto, indicó que, si bien el demandante «[...] probó en debida forma haberse encontrado vinculado con el Hospital Civil de Ipiales E.S.E., mediante contrato de suministro de servicios profesionales y convenio de vinculación por intermedio de una Cooperativa especializada en prestación de servicio de Salud, CTA-COOPROACT; vínculo cuya duración fue desde el **31 de mayo de 2007 al 28 de febrero de 2009**, como el mismo lo manifiesta en la demanda; sin embargo, conforme se observa a folios 32 a 36, la reclamación administrativa presentada por el actor, fue el **8 de noviembre de 2012**; es decir tres (3) años y un poco más de ocho (8) meses después de haberse roto el vínculo contractual que hoy se alude fue de índole laboral [...] ha prescrito el derecho a reclamar la existencia del contrato realidad, y el consecuente pago de las prestaciones que de ella se derivan. [...]»⁸

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandante manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia, al considerar que el tribunal se abstuvo de estudiar el fondo del asunto, de acuerdo con el cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado, cuando, según adujo, dicho cambio es contrario a la Constitución por aplicar una interpretación gravosa de los derechos del trabajador, con lo cual se le negó el derecho al acceso a la justicia y a la supremacía de la realidad sobre las formas.

Adujo, en sus palabras, que el tribunal:

«[...] Acuñó la expresión “...término prudencial...” para indicar un plazo para demandar la declaratoria de la relación laboral por contrato realidad, es decir para que el aparato judicial declare, mediante sentencia debidamente ejecutoriada, que la relación contractual de prestación de servicios fue laboral y

⁸ Folio 454.

⁹ Folios 457 a 464.

que como consecuencia tiene derecho al pago de acreencias laborales y sociales.

El punto tiene dos momentos i) en sede administrativa, la reclamación y conciliación, ii) en sede judicial la demanda que termina con la sentencia que declara la relación laboral, y que hace unas condenas consecuenciales, sobre estas condenas favorables al demandante, se predica que prescriben desde cuando se hicieron exigibles, en el término de 3 años, más el anterior momento no existe hasta cuando el interesado no accione por lo mismo no existe término legal alguno que enmarque un plazo cierto objetivo, referente concretamente a ese momento. [...]»

De acuerdo con lo anterior, consideró que el cambio jurisprudencial sobre el cual sustentó su decisión el *a quo*, así como su sentencia, son inconstitucionales al violar en forma directa los artículos 25, 29, 53 y 229 de la Carta, razón por la cual el tribunal estaba en la obligación de no observar dicha posición.

Agregó que, en el *sub examine*, se desconoció que no se estaba frente a un contrato laboral previa y expresamente reconocido por las partes, evento en el cual operaría el fenómeno de la prescripción; sino que, como en el presente asunto se trató de ocultar la relación laboral a través de una contractual, se vulneró el derecho a la dignidad de la persona según lo señala el artículo 25 de la Constitución Política.

Finalmente, consideró injusta la condena en costas en contra del demandante al considerar que se desplegó toda la actividad necesaria para demostrar la existencia de la relación laboral, pero que no fue valorada por la declaratoria de prescripción y agregó que no se trató de una actuación temeraria, sino a un cambio jurisprudencial del Consejo de Estado.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia denegatoria de las pretensiones y, en caso de persistir la decisión, modificarla en el sentido de no condenar en costas al demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante, demandada y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según se advierte en la constancia secretarial obrante a folio 481 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:

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.»

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse en esta instancia se circunscriben a los aspectos planteados en el recurso de apelación, los cuales se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el caso concreto, era procedente declarar la prescripción extintiva de los derechos laborales del señor Dani Alexander Toro Reyes, sin determinar previamente en la sentencia si entre el demandante y la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales existiera una relación laboral?
2. ¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, pese a haber sido vinculado mediante contrato de prestación de servicios?

En caso afirmativo,

3. ¿Hay lugar a declarar probada, oficiosamente, la excepción de prescripción extintiva del derecho, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de vínculo contractual y la reclamación administrativa?

Primer problema jurídico

¿En el caso concreto, era procedente declarar la prescripción extintiva de los derechos laborales del señor Dani Alexander Toro Reyes, sin determinar previamente en la sentencia si entre el demandante y la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales existiera una relación laboral?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: En materia de contrato realidad no es posible declarar la prescripción extintiva sin determinar primero la existencia del contrato realidad porque de su declaración, se puede derivar el

reconocimiento de prestaciones sociales de carácter imprescriptible. Lo anterior se sustenta en las razones que se suscitan a continuación:

La aplicación en el tiempo del precedente judicial

En primer lugar, previo a analizar el problema respecto de la prescripción, debe indicarse que, respecto a los efectos del cambio de precedente jurisprudencial en el tiempo, debe recordarse que este es un ejercicio legítimo de la actividad judicial.

La Corte Constitucional en sentencia SU-406 de 2016 sostuvo respecto a la aplicación del precedente judicial en el tiempo lo siguiente:

«[...] Así las cosas, la jurisprudencia fijada por los órganos de cierre se convierte en aplicable de manera general e inmediata, en sentido horizontal y vertical. A partir de ello, la lectura de la normatividad debe hacerse a la luz de los lineamientos y definiciones establecidas por el tribunal de cierre, sin perjuicio de las reglas establecidas para efectos de que de manera excepcional una autoridad judicial pueda apartarse del precedente judicial.

[...]» (Subrayado de la Subsección)

Lo anterior, según pregonan la Corte Constitucional, no obsta para que el juez se aparte del precedente fijado cuando encuentre que la situación objeto de decisión afecte los derechos fundamentales de quien, amparado en una posición jurisprudencial previa, haya llevado a estrados judiciales su causa para que con base en ella se resuelva esta, lo que obliga al operador jurídico que, en caso de advertir la vulneración de las garantías de las partes, decida alejarse del precedente fijado con razonamientos suficientemente sólidos para resolver lo pertinente.

En ese orden de ideas, considera la Subsección que la decisión adoptada por el *a quo* se sustentó en un fallo de su superior jerárquico, en este caso

del Consejo de Estado, en donde, llevado por su interpretación de lo que consideró precedente vertical, concluyó que en casos de contrato realidad se debía declarar la prescripción extintiva de los derechos de la persona cuando esta no hubiera reclamado la existencia de la relación laboral dentro de los tres años siguientes a la finalización de su vínculo contractual.

En ese sentido, para la Corporación, no hubo vulneración de derechos fundamentales ni de garantías constitucionales al momento del fallo de primera instancia, en tanto que, si bien la variación jurisprudencial ocurrió cuando ya se encontraba en trámite el proceso judicial del señor Toro Reyes, no es posible concluir que este tuviera derechos adquiridos respecto a lo pretendido por el solo hecho de presentar la demanda, pues cada caso requiere la comprobación de la ocurrencia de los diferentes elementos de la relación laboral como son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación y dependencia continuada, que, en caso tal de no encontrarse acreditados, puede llevar a concluirse que no le asiste el derecho a la prerrogativa solicitada.

La configuración del fenómeno de la prescripción en el contrato realidad

Sin embargo, la Corporación encuentra que actualmente existe una posición jurisprudencial diferente a la que tuvo en cuenta el tribunal, sustentada en el ejercicio de las funciones conferidas a este órgano de cierre y que, en virtud de ello, debe aplicarse al caso concreto en tanto que, en materia de contrato realidad, la Sección Segunda en pleno, a través de sentencia de unificación del 25 de agosto de 2016¹², definió las reglas que actualmente deben aplicarse al fenómeno de la prescripción.

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).

Particularmente, respecto al momento en que debe estudiarse la prescripción sostuvo que, su estudio «será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral». Dicha disposición encuentra sustento en el hecho relacionado con los derechos pensionales de la persona, particularmente lo relativo a los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, que por su naturaleza es una prestación imprescriptible.

En ese sentido y conforme con la sentencia de unificación, la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado¹³. Regla jurisprudencial que tiene su fundamento en: i) la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales¹⁴; ii) el principio *in dubio pro operario*¹⁵; iii) el derecho constitucional fundamental a la igualdad¹⁶ y; iv) el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad¹⁷.

¹³ «[...] En este orden de ideas, 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, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA)¹³, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]

¹⁴ «[...] que se orienta a que las prerrogativas reconocidas en las preceptivas que rigen la relación entre empleadores y trabajadores no se modifiquen en perjuicio de estos últimos, por cuanto tienen relación directa con el mejoramiento constante del nivel de vida y la dignidad humana.»

¹⁵ «[...] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»

¹⁶ «[...] en virtud del cual el Estado debe propender por un trato igualitario para todos aquellos que prestan (o han prestado) sus servicios al Estado bajo una verdadera relación laboral, cualquiera que sea su denominación (servidor público o contratista), a quienes habrá de protegerse especialmente la posibilidad de acceder a un derecho pensional.»

¹⁷ «[...] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...]

Lo anterior también se encuentra acompañado con los artículos 25¹⁸ y 14¹⁹ de los Convenios 102 y 128²⁰ de la OIT, respectivamente, que, sin estar ratificados por Colombia y por tanto no tener efecto vinculante en nuestro territorio, sí son fuente supletoria de la Ley, en el sentido de que debe garantizarse la concesión de prestaciones de vejez, en este caso, al posibilitar el acceso a estas en la medida en que se reconocen tiempos de cotización y aportes que debió realizar el empleador por la labor realizada.

Asimismo, en virtud de la Recomendación 198 de 2006 de la OIT, sobre la relación de trabajo, en la cual el estamento internacional sugirió a los Estados Miembros, entre otros, «[...] velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a una relación de trabajo [...]»

Por consiguiente, se reitera que, en materia de contrato realidad, se debe analizar previamente si existió o no la relación laboral, pese a que entre la finalización de la vinculación y la reclamación ante la administración haya transcurrido un lapso superior a los tres años de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²¹ y 102 del Decreto 1848 de 1969²², pues en caso de determinarse su ocurrencia, hay lugar a reconocer prestaciones de naturaleza imprescriptible, incluso de manera oficiosa.

¹⁸ «**Artículo 25.** Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.»

¹⁹ «**Artículo 14.** Todo Miembro para el cual esté en vigor la presente parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez, de conformidad con los artículos siguientes de esta parte.»

²⁰ El Convenio 102 de 1952, relativo a la norma mínima de la seguridad social, entró en vigor a partir del 27 de abril de 1995. Por su parte, el Convenio 128 de 1967, relativo a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, entró en vigor el 1.º de noviembre de 1969.

²¹ «**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.»

²² «**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.»

En conclusión: La posición jurisprudencial que rige actualmente en virtud de la sentencia de unificación CE-SUJ2-005-16, en casos de contrato realidad, se debe determinar en primer lugar si existió la relación laboral entre las partes y una vez acreditada dicha condición determinar si se configuró el fenómeno de la prescripción extintiva del derecho a las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que, entre estas deben reconocerse los aportes a seguridad social en pensiones que correspondía efectuar al empleador, prestación que tiene el carácter de imprescriptible.

Segundo problema jurídico

¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, pese a haber sido contratado por prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: El demandante no demostró la configuración de todos los elementos de la relación laboral, particularmente, la subordinación o dependencia continuada, necesario para declarar la existencia del contrato realidad. Lo anterior se sustenta en las razones que se explican a continuación.

Contrato de prestación de servicios vs contrato realidad

El ordenamiento jurídico colombiano regula tres clases de vinculación al servicio público, con sus características o elementos que las tipifican y su régimen jurídico propio. Estas son: **i)** la vinculación legal y reglamentaria²³; **ii)** la laboral contractual²⁴; y **iii)** la contractual o de prestación de servicios²⁵.

²³ la vinculación legal y reglamentaria es la forma predominante de acceso a cargos públicos, la cual está dirigida a la vinculación de los empleados públicos. Por empleado público debe entenderse aquella persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

De acuerdo con la jurisprudencia, los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona se desempeña como empleado público son, en principio: i) la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad; ii) la determinación de las funciones propias del cargo; y iii) la existencia de recursos para proveer el cargo.

²⁴ La relación laboral contractual es la forma de vinculación de los trabajadores oficiales, la cual se realiza a través de contrato de trabajo de acuerdo con la normatividad prevista en el Código Sustantivo

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁶. Dicha forma contractual, 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 contractual²⁷, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes²⁸.

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

del Trabajo y normas concordantes. Estos, si bien desempeñan empleos públicos, cuentan con derechos y reglamentación propia.

Así, el decreto 3135 de 1968 define que, en principio, trabajadores oficiales son aquellos que se dedican a la construcción y sostenimiento de obras públicas y, aquellos que prestan sus servicios en empresas industriales y comerciales del Estado, en este último caso con la excepción de quienes realicen actividades de dirección y confianza que ostentan la calidad de empleados públicos.

²⁵ La vinculación a través de contratos de prestación de servicios, la cual se regula por el numeral 3 del artículo 32 de la ley 80 de 1993. Las personas vinculadas a través de este sistema se denominan contratistas, quienes tienen por finalidad desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, siempre que estas no puedan ser ejercidas por el personal de planta o por que requieran de conocimientos especializados para ello.

²⁶ «**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. [...]

²⁷ 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).

²⁸ Ver sentencia C-614 de 2009.

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 figura²⁹ y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal³⁰.

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

²⁹ 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).

³⁰ Corte Constitucional C-614 de 2009.

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 Salvador³¹ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para materializar los derechos que en el 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:

³¹ «**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 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.»

«**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 demuestra 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.³²

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.

Por otra parte, la jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la posibilidad de que la vinculación no sea directa entre la entidad contratante y la persona contratista, sino que en ella medie un tercero, ya sea por efecto de la tercerización³³ o de la intermediación laboral³⁴.

No obstante, tanto la Corte Constitucional³⁵ como esté órgano colegiado, en su calidad de Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo³⁶, han sostenido, en el caso de las empresas sociales del Estado, la potestad de contratación a ellas conferida, para operar mediante terceros, sólo puede llevarse a cabo siempre y cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, cuando estas no puedan ejecutarse por parte del personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados.

Extremos temporales de la relación en el *sub lite*

³² Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

³³ La tercerización laboral ha sido definida como la subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios y supone que esta se ejecute en un marco de dirección y control a cargo de la parte contratista, con sus propios medios, trabajadores y patrimonio, a favor del contratante.

³⁴ La intermediación laboral tiene como fin la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente de un contratante. Se trata por lo tanto, del envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones. En Colombia es una actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales y puede ser gratuita u onerosa, aunque siempre será gratuita para el trabajador; y se encuentre prohibida su prestación por parte de Cooperativas y Precooperativas, al igual que para Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.

³⁵ En la sentencia de constitucionalidad C-171 de 2012.

³⁶ Ver sentencia del 30 de marzo de 2017 de la Sección Segunda, Subsección B, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez. Radicación 25000-23-25-000-2008-00137-01 (0727-13).

En virtud de los razonamientos esbozados, en el presente caso se observa conforme con la documentación obrante en el expediente, el señor Dani Alexander Toro Reyes prestó sus servicios como médico en la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales de la siguiente forma:

N.º CPS	Objeto	Periodo	Valor	Folio
067	Prestar servicios como médico para: consulta médica; atención inicial de urgencias; atención de parto; procedimientos diagnósticos, terapéuticos, quirúrgicos, tanto hospitalarios como ambulatorios; revista médica; atención durante la estancia; remisión de usuarios cuando el caso lo amerite; todas aquellas actividades propias e inherentes al servicio contratado y; auditar historias clínicas según agenda programada para ese fin por la Subdirección Científica del Hospital Civil de Ipiales E.S.E.	01/06/07 a 31/12/07 (7 meses)	\$22.283.506 (\$3.183.358 mensual)	25
Otrosí	No aplica – Modificación frente a la duración, el valor del contrato y la sujeción del pago a la apropiación presupuestal del CPS 067 de 2007	01/01/08 a 31/01/08 (1 mes)	No aplica	127
Otrosí	No aplica – Modificación frente a la duración, el valor del contrato y la sujeción del pago a la apropiación presupuestal del CPS 067 de 2007	01/02/08 a 28/02/08 (1 mes)	No aplica	128

De acuerdo con lo anterior, el demandante, acreditó la prestación de servicios, directamente, al Hospital Civil de Ipiales E.S.E., entre el 1.º de junio de 2007 y el 28 de febrero de 2008.

Ahora bien, el señor Toro Reyes alega igualmente que laboró en el ente hospitalario demandado, a través de una cooperativa de trabajo asociado – Cooproact CTA – entre el 1.º de marzo de 2008 y el 28 de febrero de 2009.

Frente a esta vinculación, se advierte que, si bien entre el Hospital Civil de Ipiales E.S.E. y la Cooperativa Proactiva de Trabajo Asociado (Cooproact) se suscribió un contrato de suministro de servicios cuyo plazo se fijó por un término de 10 meses, contados a partir del 1.º de marzo de 2008³⁷, el demandante únicamente demostró haberse vinculado a la cooperativa a partir del 1.º de junio de 2008, según se observa en el Convenio de Vinculación obrante a folios 30 y 31 del expediente.

³⁷ Ver folios 26 a 29.

Luego, para la Corporación se puede inferir que, en el *sub examine*, el demandante desarrolló actividades como médico en la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, contratado a través de un tercero, en este caso por Cooproact CTA, entre el 1.º de junio de 2008 y el 31 de diciembre de la misma anualidad. Situación que no se puede predicar de los periodos reclamados, comprendidos entre el 1.º de marzo hasta el 31 de mayo de 2008, y entre el 1.º de enero hasta el 28 de febrero de 2009.

En efecto, no obra prueba que acredite fehacientemente el desarrollo de actividades o funciones como médico en el Hospital Civil de Ipiales E.S.E., tales como contratos u órdenes de prestación de servicios, constancias de la ejecución de actividades o pagos efectuados correspondientes a dichos periodos, deprecados por el demandante.

Los dichos de los testigos tampoco fueron precisos en cuanto a la permanencia del demandante al servicio del hospital durante el lapso del 1.º de marzo hasta el 31 de mayo de 2008, y entre el 1.º de enero hasta el 28 de febrero de 2009, ya fuera por contratación directa o por intermediación laboral, pues, en el caso del señor Antonio A. Cuasapud Potosí, este señaló³⁸:

«[...] ¿El tribunal le pregunta al testigo qué sabe o qué le consta directamente a usted sobre lo que se le acaba de poner de presente? **Contestó:** Yo entré, yo estuve trabajando en el Hospital Civil de Ipiales. Entré en 1994, el 24 de octubre. Yo trabajé como 14 años más, 13 años, más o menos. En esas, estando yo allí trabajando, llegó el doctor Dani Toro en el 2007, más o menos me acuerdo la fecha, es el mes no me recuerdo, lo conocí allí. [...] **Preguntado:** Por lo que usted acaba de informar ante el señor magistrado, dice que ingresó a laborar a partir de 1994 ¿hasta qué fecha usted trabajó en el Hospital Civil de Ipiales? **Contestó:** Yo trabajé hasta el 2009, hasta el 30 de abril por ahí. **Preguntado:** ¿Por ese conocimiento que usted tiene, sírvase informarnos cuándo el doctor Dani Toro ingresó a trabajar al Hospital Civil de Ipiales? **Contestó:** Él entra en el 2007. **Preguntado:** ¿Y cuándo termina? **Contestó:** Termina en el 2009, en enero no sé qué, cuando ya dieron razón que él había salido. [...]»
(Subrayado de la Corporación)

³⁸ Testimonio obrante en CD a folio 367.

Por su parte, la señora Alba J. Argoty Hidalgo indicó al respecto³⁹:

«[...] El doctor Dani Toro se vincula al hospital a mediados, no recuerdo muy bien la fecha, del 2007 hasta el 2009. [...] El doctor Dani Toro salió a mediados del 2009 porque fue disposición del gerente [...]» (Subrayado fuera del original)

En virtud de las declaraciones de los testigos, la Subsección considera que estos son inconsistentes respecto a los extremos laborales en los que el demandante prestó sus servicios en el Hospital Civil de Ipiales E.S.E., en tanto que, el primero afirmó que el demandante había finalizado su vinculación en enero de 2009, mientras que, según la segunda, este terminó a mediados de 2009; afirmaciones que no son concluyentes ni fueron corroboradas por otros elementos probatorios.

Además, los testigos tampoco hicieron referencia a la prestación continua e ininterrumpida del servicio por parte del señor Dany Alexander Toro, no dieron cuenta que este hubiese laborado en la entidad hospitalaria entre marzo y mayo de 2008, meses en los cuales no obra elemento de prueba que acredite la prestación del servicio alegada por el demandante.

De otro lado, documentos como la autoliquidación de aportes a seguridad social en pensiones, obrante a folio 295 del expediente, según la cual el demandante pagó el periodo “2009 02” a BBVA Horizonte, no es una prueba indicativa de la existencia de una relación laboral o siquiera contractual con el ente hospitalario, sino que únicamente permiten inferir que el señor Toro Reyes continuaba vinculado con la cooperativa de trabajo asociado, es decir, no permite determinar la existencia de una relación entre demandante y demandada por los meses de enero y febrero de 2009.

Los anteriores motivos llevan a concluir a esta Corporación que, en caso de encontrar probados los elementos de la relación laboral, únicamente podrá declararse su existencia por los periodos comprendidos del 1.º de junio de 2007 al 29 de febrero de 2008 y del 1.º de junio al 31 de diciembre de 2008.

Elementos de la relación laboral

³⁹ Testimonio obrante en CD a folio 393.

Definidos los extremos de la vinculación del demandante, para esta Subsección, el demandante prestó de forma personal sus servicios como médico general de la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, en los periodos arriba indicados, de acuerdo con el contrato de prestación de servicio 067 de 2007 y mientras desarrolló actividades en el ente hospitalario con vinculación a la cooperativa de trabajo asociado Cooproact CTA, según el contrato de suministro de servicios 019 de 2008⁴⁰.

Frente a la remuneración, advierte la Corporación que, mientras subsistió la vinculación contractual con el hospital y según el CPS 067 y sus prórrogas anexas, al demandante le eran cancelados los honorarios mensualmente, mes vencido, tal como se acordó entre contratante y contratista, situación que se ve corroborada parcialmente por los comprobantes de egreso obrantes a folios 60 a 62, correspondientes a los pagos efectuados por los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2007. Así mismo de las cuentas de cobro de los meses de julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2007, y de enero y febrero de 2008⁴¹.

En cuanto a la subordinación y dependencia continuada, itera esta Subsección que el objeto contractual para el cual fue contratado el señor Dani Alexander Toro Reyes, no era otro que el de prestar servicios profesionales a la Empresa Social del Estado como médico general.

De acuerdo con las obligaciones contractuales a cargo del contratista, según el contrato de «suministro» de servicios profesionales 067 de 2007, el señor Dany Alexander Toro debía: **i)** cumplir las funciones propias del cargo de médico general, de acuerdo a la agenda de trabajo prevista; **ii)** prestar sus servicios profesionales de forma ética y responsable, de acuerdo con las normas de la Ley 23 de 1983 o Código de Ética Médica y sus decretos reglamentarios; **iii)** cumplir con las normas dictadas por el Hospital Civil de Ipiales E.S.E. para la prestación del servicio contratado; **iv)** realizar los procedimientos de acuerdo a la programación que para tal fin el contratante determinara.⁴²

⁴⁰ Ver folios 26 a 29 del expediente.

⁴¹ Ver folios 51 a 58.

⁴² Según cláusula tercera del contrato, visible a folio 25 del expediente.

Las anteriores funciones, a juicio de esta Corporación, no pueden considerarse por sí solas como demostrativas de la existencia de una relación en condición de subordinación y dependencia continuada, ello en virtud a que la sola determinación de que el contratista estuviera obligado a ejecutar las labores de médico de acuerdo con una agenda de trabajo prevista o que realizara los procedimientos médicos según la programación del ente hospitalario, no son pruebas suficientes para encontrar configurado el elemento de la relación laboral, pues únicamente se pueden tener como indicios de su existencia, pero que, en todo caso, deben ser valorados con los demás elementos probatorios para concluir de manera fehaciente que la prestación del servicio no fue autónoma e independiente.

En ese sentido, la Subsección no encuentra medio de prueba en el proceso que permita corroborar, o al menos inferir, que el señor Toro Reyes recibía órdenes e instrucciones sobre la forma en que debía prestar sus servicios o ejecutar el contrato. Para el efecto, no se advierte la existencia de llamados de atención, memorandos, comunicaciones, circulares u otros medios a través de los cuales se hubieren dado dichas órdenes o en las que se le informara que estaba obligado a cumplir con un horario laboral impuesto por el hospital, o que la prestación del servicio debiera desarrollarse exclusivamente con los elementos e insumos suministrados por esta.

Para el efecto, a folio 49 del expediente, obra un formato de calificación de competencias a nombre del aquí demandante, por medio del cual fue evaluado por la sección de recursos humanos del Hospital Civil de Ipiales E.S.E., medio de prueba que únicamente puede dar lugar a considerarse como un indicio de la condición de subordinación, toda vez que no se demostró que este fuera el procedimiento de calificación de los empleados de planta de la institución.

Y respecto al Oficio BS-07 del 19 de enero de 2009⁴³, suscrito por la coordinadora del Banco de Sangre de la entidad demandada, este tampoco puede tomarse como un llamado de atención o memorando por la indebida prestación del servicio, pues se expidió en respuesta a la solicitud elevada por el demandante en la misma fecha⁴⁴, en la cual peticionó se le informara

⁴³ Folios 42 y 43.

⁴⁴ Folio 41.

por escrito el incumplimiento de sus funciones asignadas a dicha dependencia y a las quejas existentes sobre su desempeño.

Asimismo, las solicitudes de cambio de turno, compensatorio o permiso, obrantes a folios 67 a 69 del expediente, no son prueba del elemento de subordinación en tanto que, la simple petición no acredita que el demandante estuviese en la obligación de obtener autorización para no prestar el servicio en los turnos convenidos o asignados, y se hecha de menos la prueba documental en la que se accediera o negara a esta clase de solicitudes.

Además, el hecho de prestar el servicio en las instalaciones del hospital tampoco es contundente para demostrar la subordinación continuada, pese a constituirse en indicio de esta, pues no se advierte del caudal probatorio la obligación del demandante de ejecutar las labores contratadas de manera exclusiva en el Hospital Civil de Ipiales.

De igual modo, no se demostró que dentro de la planta de personal de la entidad demandada existieran servidores públicos suficientes, que acreditaran las condiciones del demandante como médico general, para la prestación eficiente del servicio público de salud en lo que a sus competencias requerían, aunado a que el ordenamiento jurídico no prohíbe la contratación por prestación de servicios de médicos, siempre y cuando las actividades contratadas no puedan ser realizadas por los empleados vinculados laboralmente o por relaciones legales y reglamentarias a la entidad contratante.

Así mismo, tampoco obra prueba de que el señor Toro Reyes debía realizar las funciones propias de los médicos de planta del ente hospitalario, esto es, en las mismas condiciones de tiempo, modo y lugar, con horarios o turnos de atención impuestos y bajo las órdenes de un superior jerárquico.

En ese sentido, la prueba testimonial practicada en el proceso tampoco brindó elementos de juicio para concluir que se configuró la subordinación continuada en el caso del aquí demandante, en tanto que, el señor Antonio

A. Cuasapud Potosí, quien fue camillero en la entidad demandada entre 1994 y 2009, declaró⁴⁵:

«[...] ¿El tribunal le pregunta al testigo qué sabe o qué le consta directamente a usted sobre lo que se le acaba de poner de presente? **Contestó:** Yo entré, yo estuve trabajando en el Hospital Civil de Ipiales. Entré en 1994, el 24 de octubre. Yo trabajé como 14 años más, 13 años, más o menos. En esas, estando yo allí trabajando, llegó el doctor Dani Toro en el 2007, más o menos me acuerdo la fecha, es el mes no me recuerdo, lo conocí allí. Fuimos compañeros de trabajo. **Preguntado:** ¿Qué más le consta? **Contestó:** Entonces a mí me consta que él trabajaba. Él trabajaba con nosotros y como nosotros al entrar a trabajar allí nos hicieron afiliarse a una cooperativa, dijeron que vamos a afiliarnos a esa cooperativa. Bueno entonces el doctor Dani, que entró así en el 2007, me contaba que él estuvo unos meses por nómina o que le pagaba el hospital. Luego a él lo mandaron a que se afiliara a la cooperativa también. Entonces él ya estuvo en la cooperativa. [...] Porque mandarnos, nos mandaba es el Hospital Civil de Ipiales. Pa' cualquier cosa nosotros teníamos que, si es un permiso, ir a pedir permiso donde la señora Graciela Mota, el doctor, pues como son cargos más grandes ellos iban donde el doctor Víctor Hugo Ortega, me parece que es y donde la jefe Graciela Mota. Pa' pedir un permiso qué teníamos que hacer, dejar un reemplazo que, si no, no nos daban permiso. Eso teníamos que pagar nosotros de nuestro bolsillo y dejar el reemplazo. Ningún tiempo, nunca nosotros íbamos a pedir permiso a la cooperativa. La cooperativa que decía "vayan allá donde la Graciela Mota". Ningún tiempo la cooperativa nos daba una solución de nada, todo era el Hospital Civil por medio de la jefe Graciela Mota. **Preguntado:** Usted manifiesta conocer al doctor Dany Alexander Toro Reyes por haber sido compañero de trabajo ¿sírvase decir si sabe o recuerda bajo qué modalidad laboral el doctor Toro Reyes se vinculó con el hospital? **Contestó:** Cómo vincularse no. No, sino que, pues él se vinculó como médico general. **Preguntado:** Usted manifiesta que no sabe cómo se vinculó el demandante ¿sírvase decir si sabe o recuerda qué funciones el doctor Toro Reyes cumplía con el hospital? **Contestó:** Él era médico general. Él trabajaba en medicina interna. [...] **Preguntado:** ¿Sírvase decir si sabe si el doctor Toro Reyes tenía un superior jerárquico en el hospital? en caso afirmativo puede decir ¿quién era ese jefe? **Contestó:** De jefes pues no, no sé, si no que, pues allí de jefe era, para todos, la jefe Graciela Mota y para ellos, como le digo, el doctor Víctor Hugo Ortega. **Preguntado:** ¿Usted sabe si el doctor Toro Reyes tenía específicamente un horario de trabajo y quién se lo imponía? **Contestó:** Él tenía un horario de trabajo de 8 horas y eso pues nos mandaban, el horario lo ponía Doña Graciela Mota y el doctor Víctor Hugo Ortega. Ese horario, lo hacían ellos y lo mandaban a la cooperativa y la cooperativa ya no lo presentaba nosotros. **Preguntado:** Usted ha dicho que el doctor Toro Reyes tenía una vinculación

⁴⁵ Testimonio obrante en CD a folio 367.

inicial con el hospital y luego con una cooperativa ¿sírvese precisar estos aspectos, o estuvo vinculado directamente con el hospital o con la cooperativa o con alguna de ellas en particular? **Contestó:** Él me comentaba cuando recién entró que a él había entrado es por el hospital porque a él, me dijo, en ese tiempo, como 5 o 6 meses, le pagaba el hospital y después ya pasó a la cooperativa. **Preguntado:** Usted en su declaración dice que al doctor Toro Reyes e incluso a usted lo mandaron a la cooperativa ¿diga quién mandó al demandante o a usted a esa cooperativa? **Contestó:** Bueno del doctor Dani no sé quién lo mandó, pero a mí sí me mandó doña Graciela Mota porque ella era nuestra jefe, para nosotros ella era nuestra jefe, porque para mí personalmente cuando yo salí de allí, cuando yo estaba trabajando allí, cualquier cosa era decir pa' pedir un permiso así, era donde ella. Como le digo, la cooperativa solamente era de nombre y nunca nos solucionaba una cosa. Entonces doña Graciela Mota era "no, deje el reemplazo y se puede ir" uno así esté enfermo nunca le dieron un permiso si, mientras uno no dejara el reemplazo. **Preguntado:** Usted menciona a una señora Graciela Mota, ¿diga si esta señora también era jefa del doctor Toro Reyes? **Contestó:** También era jefe de él, porque él también iba a pedir los permisos allá, como le digo, él, como son cargos más grandes, se iba a donde el doctor Víctor Hugo Ortega y donde él. [...] **Preguntado:** ¿Usted sabe o recuerda si al doctor Toro Reyes alguien le hizo observaciones o llamados de atención? en caso afirmativo ¿puede decir si eso ocurrió y quién lo hizo? **Contestó:** De eso no, no recuerdo que le hayan llamado atenciones, nada de eso. **Preguntado:** ¿Usted sabe por qué el doctor Toro Reyes ya no siguió vinculado con el hospital? **Contestó:** Eso sí no, no sé. [...] **Preguntado:** Por lo que usted acaba de informar ante el señor magistrado, dice que ingresó a laborar a partir de 1994 ¿hasta qué fecha usted trabajó en el Hospital Civil de Ipiales? **Contestó:** Yo trabajé hasta el, que es, hasta el 2009, hasta el 30 de abril por ahí. **Preguntado:** ¿Por ese conocimiento que usted tiene sírvase informarnos cuándo el doctor Dani Toro ingresó a trabajar al Hospital Civil de Ipiales? **Contestó:** Él entra en el 2007. **Preguntado:** ¿Y cuándo termina? **Contestó:** Termina en el 2009, en enero no sé qué, cuando ya dieron razón que él había salido. **Preguntado:** ¿En qué calidad entró el doctor a trabajar al Hospital Civil de Ipiales y qué cargo tenía? **Contestó:** En el cargo de médico general. **Preguntado:** ¿Usted observó que durante todo el tiempo que trabajó, como usted me acaba de informar antes, para ausentarse él, a usted le consta que se haya ausentado del cargo? **Contestó:** Eso no me consta a mí que se haiga (sic) ausentado. **Preguntado:** ¿Algunas veces, ósea, para ausentarse o para salir a alguna vuelta personal, él a quién se dirigía exclusivamente para decir que podía salir? **Contestó:** Como le digo, ya le dije, él se dirigía donde el doctor Víctor Hugo Ortega y donde la señora Graciela Mota. **Preguntado:** ¿Quiénes son ellos, qué hacían, en dónde trabajaban? **Contestó:** El doctor Víctor Hugo era Subgerente Científico, la jefe Graciela Mota, la oficina de ella no me recuerdo. **Preguntado:** ¿El cargo que desempeñaba? **Contestó:** No, no recuerdo. **Preguntado:** ¿En qué sitio, en dónde trabajaban? **Contestó:** Ella trabajaba en [...] el Hospital Civil de

Ipiales. **Preguntado:** Usted acaba de informar que siempre los enviaban a una cooperativa ¿quién los enviaba a una cooperativa? **Contestó:** Pues a mí personalmente me mandó doña Graciela Mota. Al doctor Dany, mentiría si le dijera que fue la misma. **Preguntado:** ¿Para qué los enviaban a la cooperativa? **Contestó:** Pues para salvarse ellos. **Preguntado:** ¿Qué orden le decían “vayan a la cooperativa” a qué? **Contestó:** Pues ellos decían “van a seguir trabajando aquí, pero afliése a la cooperativa” “vaya allá y diga que va de parte de Doña Graciela Mota” y nos anotaban allí y ya, y sigan trabajando. **Preguntado:** ¿Usted se afilió a la cooperativa? **Contestó:** Sí. **Preguntado:** ¿Y quiénes eran los afiliados a la cooperativa? **Contestó:** Eso si no recuerdo haber cuántos que habíamos (sic). **Preguntado:** ¿Pero a dónde pertenecían todos los afiliados a la cooperativa? **Contestó:** Al Hospital Civil de Ipiales. **Preguntado:** ¿Qué vinculación tenían esos afiliados en la cooperativa? **Contestó:** Pues allí había auxiliares de enfermería y de todo. **Preguntado:** ¿Lo que usted expresa es que eran trabajadores del hospital? **Contestó:** Sí señora. [...] **Preguntado:** ¿Usted dice que salió en abril del 2009, para esa época el doctor Dani Toro todavía trabajaba? **Contestó:** No, el ya no estaba, él salió en enero del 2009, la fecha si no la recuerdo. **Preguntado:** ¿Posterior a la salida del doctor Dani Toro usted [...], se encontró nuevamente con él en su calidad de amigo, de compañero de trabajo, que fue? **Contestó:** Sí, eso sí nos encontrábamos, nos saludábamos “cómo estás” **Preguntado:** ¿por esa frecuencia que ustedes estuvieron después de la salida encontró algo especial o le comentó algo especial el doctor Dani Toro, cómo estaba en su trabajo, cómo estaba en su salud? **Contestó:** Pues él me comentaba que él tenía una depresión, que le había tocado con el psicólogo, no sé qué, pues él por el trabajo le dio más duro. **Preguntado:** ¿Lo que usted informa depresión, le comentó por qué estaba en esas circunstancias, la causa, por qué él sufrió esa depresión? **Contestó:** Él me comentaba que por lo que ya lo habían despedido pues del trabajo. Es que uno tal vez por primera vez y que lo saquen es difícil. Vuelta a mí si no se me dio de nada porque yo ya llevaba mis años y yo siempre he trabajado así y siempre al rato menos pensado una patada en el rabo y pa’ fuera. A mi si nunca se me ha dado de nada. [...] **Preguntado:** ¿Manifieste el testigo, como afirma haber ingresado en el año 1994, si conoce que en el Hospital Civil de Ipiales se haya realizado restructuración de tipo administrativo que haya implicado la salida de empleados o trabajadores? **Contestó.** Sí, cuando yo entré en el 94 entré por nómina, en eso hubo una restructuración, allí nos, ya nos despidieron a los que menos años teníamos. Allí salimos en ese tiempo en estructuración, salimos como 200 personas, los que teníamos menos tiempo en esas, pero [...] no nos sacaron, sino que, cuando en ese tiempo, en el 97 por ahí si no estoy mal, ya nos sacaban y dijo “a vustedes (sic) los vamos a dejar por cooperativa”. No nos sacaron, sino que nos dejaron por cooperativa. Osea que esa cooperativa era otra. No recuerdo el nombre cómo fue y quedamos así y así seguimos hasta en el 2005 que formaron otra cooperativa ya. **Preguntado:** ¿Manifieste usted si recuerda cuánto o qué número era el personal de nómina que tenía el hospital y

aproximadamente si lo sabe cuánto era el personal de contrato? **Contestó:** No, no recuerdo cuántos eran de nómina y cuántos eran de contrato. **Preguntado:** ¿Manifieste si la contratación de empleados y trabajadores en sus diferentes ramas obedecía o no a la insuficiencia del personal en la nómina de la empresa? **Contestó:** Eso si ya no recuerdo. [...] **Preguntado:** ¿Conoce usted si había más cooperativas en el Hospital Civil que le prestaran servicios a dicha empresa? **Contestó:** Sí hubo otra empresa de las de laboratorio, no sé qué hicieron con la otra empresa. **Preguntado:** ¿Qué clase de actividades contrataba el Hospital Civil de Ipiales por medio de cooperativas de trabajo asociado? **Contestó:** Pues, por medio de la cooperativa se contrataba casi todos los trabajos, auxiliares de enfermería médicos y de todo. [...] **Preguntado:** ¿Indique si el doctor Dany Toro Reyes cumplía horario en el hospital y en caso afirmativo de qué horas a qué horas? **Contestó:** Él cumplía el horario de 7 de la mañana a 1 de la tarde. **Preguntado:** ¿En el área de medicina interna o también en otros servicios? **Contestó:** En el área de medicina interna y también pues, allí como siempre estamos dispuestos a todo, allí por ratos lo mandaban a otro lado. **Preguntado:** ¿Cómo sabe o por qué le consta a usted que él cumplía ese horario que acabo de referir, de 7 a 1 de la tarde? **Contestó:** Porque yo era camillero y yo trabajaba allí en esa sección, era de medicina interna y quirúrgicas, entonces éramos compañeros. **Preguntado:** ¿El doctor mencionado usaba alguna bata que lo identificará o algún carnet que lo identificará como parte del hospital o de la cooperativa? **Contestó:** La cooperativa nunca nos dio nada de eso, sí no nos daba ningún carné, ninguna nada, sino que pues él como la blusa de médico. **Preguntado:** ¿Pero me refiero a si en esa blusa decía Hospital Civil de Ipiales o tenía un carnet que lo acreditaba como médico del Hospital Civil de Ipiales? **Contestó:** En la blusa pues decía Hospital Civil de Ipiales. **Preguntado:** ¿A usted le consta quién le daba órdenes a él, quién le decía “vaya a un sitio, vaya a este otro sitio”, quién le programaba los turnos, quién le supervisaba a él su trabajo, quién lo mandaba? **Contestó:** Cómo le digo, vuelvo y le repito, las que mandaban era Doña Graciela Mota y al doctor, pues el doctor Víctor Hugo Ortega. **Preguntado:** ¿Usted recuerda cómo eran esas órdenes, ósea, qué le decían que haga, que vaya este turno, que vaya al servicio de urgencias, que vaya medicina interna, usted recuerda cómo eran esas órdenes? **Contestó:** eso sí no recuerdo cómo. [...]»

Y la señora Alba Judith Argoty Hidalgo, quien también afirmó haber sido compañera de trabajo del señor Dani Alexander Toro, sostuvo⁴⁶:

«[...] **Preguntado:** ¿Qué sabe o qué le consta al respecto de este caso? **Contestó:** Inicio exponiendo mi tiempo de vinculación por medio del cual, yo puedo hacer constar el tiempo que estuvo vinculado el doctor Dani. Mi

⁴⁶ Testimonio obrante en CD a folio 393.

vinculación al hospital inicia el 20 de mayo del 2004 y termina el 30 de septiembre del 2012. El doctor Dani Toro se vincula al hospital a mediados, no recuerdo muy bien la fecha, del 2007 hasta el 2009. El doctor Dani se desempeñaba en el hospital como médico hospitalario en el área de internación de la cual yo hacía parte. La licenciada Graciela Mota era la profesional especializada del área de internación por lo tanto ella era la encargada de la elaboración de turnos de los personales de enfermería y médicos hospitalarios, quien posteriormente se los entregaba al doctor Víctor Hugo Ortega, subgerente científico, para que él los apruebe, los firme y de tal manera los entregáramos (sic) los turnos en todos los servicios. Además de eso se realizaban capacitaciones del personal. El personal de enfermería era miércoles en la mañana, el personal médico era miércoles en la noche. La encargada de elaborar estas capacitaciones y esa [...] reunión era mi jefe la licenciada Graciela Mota. Ella también era la encargada de realizar algunas órdenes a los médicos como las evaluaciones de los pacientes, yo era la encargada de hospitalizar para próximas cirugías, él también hacía pruebas de sangre, hacía consulta externa y además se les encargaba una actividad que yo era la encargada de consolidar, que era la evaluación de la calidad de historia clínica por parte de los médicos generales donde se evaluaba la legibilidad de la letra, si utilizaban abreviaturas, si se realizaba una buena anamnesis de los pacientes, etcétera. También se manejaban indicadores de oportunidad, de revista médica, de entrega de informes, de la oportunidad de la valoración de los médicos tratantes, de los médicos hospitalarios. El doctor Dani también realizaba algunas actividades de educación en sala de partos a las pacientes que estaban próximas a tener sus bebés. **Preguntado:** ¿Algo más le consta o agrega a su declaración? **Contestó:** El doctor Dani Toro salió a mediados del 2009 porque fue disposición del gerente, no sé él que tenía en contra del doctor Dani, él arbitrariamente lo mandó a sacar y me consta porque en ese mismo tiempo la cooperativa tenía que ser especializada en salud si es que se quería seguir contratando al personal y por lo tanto en ese tiempo la cooperativa Cooproact tenía incluida en sus asociados personal administrativo y personal de salud, entonces a todo el personal de salud que éramos administrativos también por disposición del hospital decidieron sacarnos e incluirnos en otra cooperativa que ellos mismo decidían con quién contratar y pues fue así como un alboroto en todo el hospital porque a los administrativos no nos hacían devolución de los aportes y cuando nosotros íbamos a reclamar estaba allí la temática de que al doctor Dani se le debían unos meses de salario, de que no había de donde pagarle, de que estaba pendiente que el hospital gire la plata y que mientras no esté disuelta la parte administrativa y de salud no se iba a hacer el pago de salarios. **Preguntado:** ¿Sabe usted qué tipo de vinculación tenía el demandante con la entidad demandada? **Contestó:** El contrato era, el contrato que lo firmaba el hospital con la

cooperativa como intermediadora porque la cooperativa era la encargada de dotar de personal al hospital para la prestación del servicio, entonces el hospital le consignaba un valor a la cooperativa el cual después la cooperativa nos lo consignaba nosotros. **Preguntado:** ¿Con base en su respuesta sírvase precisarle al tribunal si el demandante fue contratado directamente por la entidad demandada o por la cooperativa que usted relaciona? **Contestó:** Por la cooperativa. **Preguntado:** ¿Sírvase manifestar si sabe o le consta quién impartía órdenes al demandante para realizar sus funciones? **Contestó:** El doctor Víctor Hugo Ortega que es el subgerente científico, la licenciada Graciela Mota y directamente al doctor Jaime Arteaga como gerente. **Preguntado:** ¿Diga usted si sabe si el demandante cumplía un horario de trabajo en la entidad demandada y quién le impuso ese horario? **Contestó:** Sí claro, el horario a cumplir por el doctor Dani era de 7 de la mañana a 1 de la tarde en algunas ocasiones tenía que cubrir el turno de la tarde que era de 1 a 7. El horario es impuesto por el sugerente científico. **Preguntado:** ¿Diga si sabe si en el evento que el demandante haya solicitado permisos o licencias quién se las otorgaba? **Contestó:** Inicialmente el doctor, si se le presentaba alguna calamidad, se dirigía hacia mi jefe, a la licenciada Graciela Mota para ponerla en conocimiento quien analizaba la viabilidad de poder realizar el cubrimiento de ese turno con otro médico y posteriormente eso de definir quién lo iba a cubrir se le llevaba la solicitud de permiso para aprobación al doctor Víctor Hugo Ortega que era el sugerente científico, posteriormente al doctor Jaime Arteaga y esa solicitud de permiso ya se la pasaba recursos humanos. [...] **Preguntado:** ¿Sírvase manifestar si sabe qué implementos para el desempeño del trabajo suministraba la entidad demandada o quién se lo suministraba al demandante? **Contestó:** Formalmente el uniforme que es la bata que utilizan los médicos la cual llevaba grabada el logo del Hospital Civil de Ipiales y el nombre del médico, pues aparte de eso papelería, el computador donde se diligenciaban todos los documentos correspondientes al paciente, todas sus valoraciones, todo lo pertinente a la historia clínica. **Preguntado:** ¿Usted ha dicho que en la situación del demandante y demandada media una cooperativa, manifieste si el demandante para que le cancelen el valor de su trabajo debía presentar informes y a quién? **Contestó:** Sí, para legalizar los pagos a las cooperativas el hospital exige mensualmente presentar los indicadores de gestión. Los indicadores eran presentados inicialmente a la licenciada Graciela Mota quien pasaba un informe por escrito diciendo que ya se han presentado todos los informes pertinentes de todos los servicios se pasaba recursos humanos, recursos humanos pasaba la novedad a gerencia para qué gerencia ordene el pago a la cooperativa. **Preguntado:** Finalmente diga si sabe ¿cuáles fueron las razones para que el demandante ya no siguiera vinculado con la entidad demandada? **Contestó:** No, fue como le dije anteriormente una decisión arbitraria de gerencia, simplemente

un día decidieron que él ya no iba más [...] **Preguntado:** Usted acaba de manifestar que por una decisión arbitraria el doctor Dani Toro fue despedido del Hospital Civil, ¿sírvese decir si le consta esa decisión arbitraria qué efectos tuvo después le ocasionó al doctor Dani Toro? **Contestó:** pues en lo que a mí respecta, lo que conocí, lo sacó de forma arbitraria, no tuvo indemnización, no. Se le dificultó en cierta manera poderse vincular laboralmente a otras empresas de salud y pues la forma, yo creo, el peor efecto fue el moral no, porque haberlo sacado sin justa causa, sin haber hecho un seguimiento, sin haber llevado un proceso adecuado en el cual se siga una serie de pasos donde diga “mire usted cometió estas fallas y por esto se lo saca” sino que de la noche a la mañana el doctor no va más entonces, el mayor perjuicio que le causó a él fue moralmente. **Preguntado:** ¿Usted conoce su núcleo familiar del doctor Dani? **Contestó:** Sí, a la esposa y al niño. **Preguntado:** ¿Por el conocimiento que tiene de esa relación tuvo algún efecto en el núcleo familiar de él? **Contestó:** Claro también se afectó porque la esposa actualmente es médica en ese entonces ella estaba iniciando sus estudios de medicina y el doctor Dani era quien la apoyaba económicamente para que ella desarrolle sus estudios entonces también se vio afectada en gran medida porque mire que él tuvo esa limitante económica para poderle seguir colaborando. De igual manera el niño, el niño también se vio afectado al ver pues que su padre quedó desempleado de la noche a la mañana. **Preguntado:** ¿Finalmente, esa vinculación con la cooperativa Cooproact, específicamente para qué fue creada esa cooperativa? **Contestó:** Para poder brindar personal al hospital para que preste los servicios de salud, para dotar de personal al hospital. **Preguntado:** ¿Solamente para eso? **Contestó:** Solamente para eso. No tenía ningún otro fin. [...] **Preguntado:** ¿Manifieste la testigo si sabe y conoce por qué desde el año 2004 el Hospital Civil de Ipiales tuvo que contratar por vía de contrato administrativo de prestación de servicios ya sea a personas naturales o jurídicas y si conoce o sabe si esa vinculación era porque no tenía el personal suficiente o existe otra razón para ello? **Contestó:** A ver, en lo que yo tengo conocimiento, la cooperativa iba desde antes no, yo me vincule desde el 2004. Tengo conocimiento que la cooperativa ya estaba funcionando desde antes se realizó una reestructuración de personal en el hospital por para aminorar costos, precisamente Los costos que acarrea todo lo de prestaciones, vacaciones, primas. Entonces el hospital decidió contratar por medio de esta figura de la cooperativa con lo cual prácticamente se obligó al personal a que constituyan las cooperativas de trabajo asociado y esa era la única manera mediante la cual podían seguir vinculados. El personal que estaba antiguo que salió y los que estaban por OPS como también el personal nuevo que nosotros entramos. Desde que yo inicié a mi me dijeron se vincula la cooperativa le cuesta \$200.000 su vinculación y a partir de allí usted entra al contrato por

cooperativas hasta finalizar el año y así nos lo fueron haciendo cada año hasta la fecha en la que yo salí de la institución. **Preguntado:** ¿Cuándo usted manifiesta haber sido obligada a pertenecer a una cooperativa a qué se refiere? **Contestó:** Que si quería seguir trabajando allí tenía que pertenecer a la cooperativa porque no hacían contratos por OPS no hacían vinculación por nómina y si yo quería tener la opción de trabajar, tenía que estar vinculada a la cooperativa. **Preguntado:** ¿Explique mejor el término obligar, es decir, hubo coacción por parte del hospital o simplemente fue una directriz emanada de gerencia para la vinculación de personal? **Contestó:** La directriz fue dada de gerencia directamente “si usted quiere hacer parte del hospital vincúlese en X o Y cooperativa. [...] **Preguntado:** ¿Cuándo usted manifiesta “la cooperativa como intermediaria” a qué se refiere? **Contestó:** Que la cooperativa la única gestión que realizaba era la de ir a recibir el cheque, realizar los pagos de todos los asociados a los parafiscales y de ahí realizarnos la consignación a nosotros del restante del valor que nos consignaba el hospital. **Preguntado:** ¿Usted perteneció a algún cargo directivo en la cooperativa? **Contestó:** No señor, mi cargo siempre fue técnico administrativo. **Preguntado:** ¿Cuándo usted manifestó en anterior pregunta de que el doctor Dani Toro Reyes, al doctor Dani Toro Reyes se lo sacó de la institución de manera arbitraria, a qué se refiere específicamente? **Contestó:** Me refiero a que, supongamos el día de hoy el doctor Jaime mandó el oficio diciendo que ya él no iba más a trabajar, entonces nos dieron la orden a nosotros directamente a la oficina de internación que a él se lo saque de los turnos, que él ya no iba a estar vinculado al hospital. **Preguntado:** ¿Significa que esa orden está plasmada en un oficio que usted conoció? **Contestó:** El oficio le llegó a subgerencia científica y ese oficio se lo entregaron a mi jefa inmediata la licenciada Graciela Mota. Ella me dio la orden a mí de que el doctor Dani ya no iba en los turnos. **Preguntado:** ¿El proceso de definir personal externo mediante cooperativas cómo se realizaba? ¿se hacía convocatoria pública? ¿qué términos? ¿si había términos de referencia? **Contestó:** al iniciar el contrato supongamos los contratos iban de marzo a marzo del año siguiente, se hacía la convocatoria, llegaban las propuestas de diferentes cooperativas, de diferentes ciudades, pero con el fin de dar continuidad al mismo personal, lo que se hacía era que se reunían a las líderes de los procesos de nómina, la parte asistencial se analizaba en una oficina, la parte administrativa en otra, se analizaban criterios de educación, de experiencia, conocimientos adquiridos, capacitaciones, se daba un puntaje a las hojas de vida y luego se publicaba los resultados de las personas que habían sido seleccionados. **Preguntado:** ¿significa que el proceso para escoger cooperativas implicaba que esas mismas cumplieran con todos sus requisitos legales? **Contestó:** Sí claro. [...] **Preguntado:** ¿Quién dirigía la cooperativa? **Contestó:** Pues fueron muchos gerentes, no, ¿quién dirigía como gerente? En el tiempo en que estuvo el

doctor Dani Toro estaba de gerente de la cooperativa la ingeniera Lucy Salazar. **Preguntado:** ¿Personal de nómina que usted lo denominó, el personal directivo más bien del hospital tenía injerencia en la cooperativa en la designación de determinados funcionarios y particularmente en el caso del doctor Dani Toro? **Contestó:** Sí, sí porque había muchas ocasiones en que llegaban y decían un ejemplo quiero que tal persona entre como médico hospitalario desde mañana vincúlenlo a la cooperativa directamente. **Preguntado:** ¿La injerencia en torno a la forma cómo deberían definirse los turnos de trabajo también venía de parte de las directivas del hospital? **Contestó:** Los turnos de subgerencia científica y de mi jefa que era la jefa de internación, se definían los turnos de 7 horas de 7 de la mañana a 1 de 1 a 7 té de 7 de la noche a 7 de la mañana, el de la noche siempre era cubierto por personal de cooperativa. **Preguntado:** ¿Los directivos de la cooperativa acataban las directrices del hospital? **Contestó:** Claro. Se lo digo en estos términos usted quiere contratar aquí, sí, bueno, tiene que regirse a estos turnos, a estos requisitos, a estos, no, lo toma o lo deja, entonces me imagino yo en el caso le dijeron si la cooperativa quiere que seguir con el contrato entonces va a sacar a este personal y me va a colocar otro si quiere continuar con el contrato, si no, no. **Preguntado:** ¿Quién les daba órdenes al doctor Dani Toro para la realización de sus turnos y para las demás actividades? **Contestó:** El doctor Víctor Hugo Ortega como subgerente científico y mi jefe. **Preguntado:** ¿El doctor se identificaba con algún carné, una bata o cualquier otra como médico del hospital? **Contestó:** Claro, en la bata que va grabado el logo del hospital, el nombre del médico y también tenían una escarapela en ese tiempo que decía Hospital Civil de Ipiales, Dani Toro, médico general, contratista, eso a todos nos especificaba en la escarapela. **Preguntado:** ¿Ósea la cooperativa no tenía autonomía? **Contestó:** No, y el carnet iba a firmado atrás por el gerente del hospital. [...]]»

Para la Corporación, los dichos de los testigos, pese a laboraron en la entidad en el mismo periodo de tiempo que el demandante, no son lo suficientemente responsivos, completos y exactos sobre la situación de subordinación en la que se encontraba el señor Dany Alexander Toro Reyes respecto de la entidad contratante. Ello, porque las declaraciones se centraron básicamente en demostrar la intermediación laboral que existía entre la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales y la cooperativa de trabajo asociado Cooproact, y en menor medida, en el deber de cumplir un horario, en la prestación del servicio con elementos de la entidad demandada, en la imposibilidad de ausentarse de sus labores sin autorización del hospital.

En efecto, respecto al horario, los testigos únicamente manifestaron que el demandante cumplía un horario de 7am a 1pm, y que las jornadas eran decididas por el Subgerente Científico, la Jefe de Internación y el Gerente General, sin explicar a ciencia cierta las consecuencias de su incumplimiento, o si el señor Toro Reyes estaba inexorablemente compelido a la prestación del servicio en ese preciso horario.

Estos tampoco especificaron si al demandante le impartían órdenes e instrucciones sobre la forma de realizar su trabajo pues el señor Cuasapud, si bien afirmó que estas eran dadas por el señor Víctor Hugo Ortega y la señora Graciela Mota, no recordó la forma en que tales eran impartidas; asimismo, la señora Argoty confirmó que eran dadas por los arriba mentados e incluyo al señor Jaime Arteaga, quien fungía como gerente de la entidad, pero no hizo referencia al tipo de órdenes que recibía o a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que estas eran comunicadas al demandante, si eran por escrito o verbales, si eran constantes o eventuales, es decir no brindaron elementos suficientes para concluir que existió, por esta razón, una relación de subordinación o dependencia continuada.

Para el efecto, resulta pertinente advertir que situaciones tales como cumplir un horario, 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 en tanto que 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 mínimo de vigilancia respecto al desarrollo de la labor contratada.

En ese sentido, se itera que, quien pretende la declaración de la existencia de un contrato realidad tiene la carga de demostrar la configuración de los tres elementos de la relación laboral, de acuerdo con lo regulado en el

artículo 167 del Código General del Proceso, motivo por el cual, al no encontrarse fehacientemente acreditado el elemento de la continuada subordinación o dependencia no es posible aplicar en favor del señor Dany Alexander Toro Reyes el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y por consiguiente, se impone confirmar la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda pero por las razones expuestas en esta providencia.

En conclusión: En razón a que en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral, y en el presente caso, la parte demandante no logró demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente la subordinación continuada, considera esta Corporación que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 13 de marzo de 2015 debe ser confirmada, pero por las razones expuestas en esta providencia.

De acuerdo con lo anterior, para la Subsección es innecesario pronunciarse sobre la configuración o no del fenómeno de la prescripción extintiva de las prestaciones reclamadas.

Último problema jurídico

¿Procede la condena en costas a la parte demandante en primera instancia por la decisión adversa adoptada por el tribunal en cuanto declaró la prescripción del derecho?

Al respecto, la Subsección sostendrá la siguiente tesis: La condena en costas en contra de la parte demandante en primera instancia es procedente, en atención a que resultó vencida en el proceso, es decir, no prosperaron las pretensiones de la demanda, como pasa a explicarse.

De la condena en costas y agencias en derecho

Esta Subsección en providencia con ponencia del Magistrado William Hernández Gómez⁴⁷ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, en los siguientes términos:

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso, llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso⁴⁸, y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte del expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias en derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora, en atención a los criterios sentados en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 366 del Código General del Proceso⁴⁹, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁵⁰, los cuales deberán ser fijados contractualmente entre

⁴⁷ 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.

⁴⁸ Artículo 171 No. 4 en concordancia con el artículo 178 *ibídem*.

⁴⁹ «[...] Falta de legitimación en la causa por pasiva [...] En este sentido, 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado.

Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará.

4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]».

⁵⁰ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 de 2004 y C-539 de 1999.

éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 ordinal 8.º de la ley 1123 de 2007⁵¹.

En materia de lo contencioso administrativo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo 1887 de 2003⁵² «vigente al momento de la expedición de la sentencia de primera instancia» fijó las agencias en derecho, de la siguiente manera:

«[...] 3.1.2. Primera instancia.

[...]

Sin cuantía: Hasta quince (15) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con cuantía: Hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

PAR.—En los procesos ejecutivos, hasta el quince por ciento (15%) del valor del pago ordenado o negado en la pertinente decisión judicial; si, además, la ejecución comprende el cumplimiento de obligaciones de hacer, se incrementará en un porcentaje igual al que fije el juez.

En los casos en que únicamente se ordene o niegue el cumplimiento de obligaciones de hacer, hasta seis (6) salarios mínimos mensuales legales vigentes. [...]»

Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera «*automática*» u «*objetiva*», frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

⁵¹ Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”.

⁵² Modificado por el Acuerdo PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no⁵³.

Sin embargo, esta Subsección a través de la sentencia de 7 de abril de 2016⁵⁴ dentro del proceso radicado bajo el número 15001-23-33-000-2012-00162-01, número interno 4492 de 2013, varió aquella posición y acogió el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe), sino los aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. En dicha oportunidad concluyó 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.

⁵³ Ver entre otras, sentencias de 15 de abril de 2015, C.P. Alfonso Vargas Rincón (E), expediente No. 1343-2014. Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, sentencia de 15 de octubre de 2015, Expediente: 4383-2014, Actor: Rosa Yamile Ángel Arana, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez (E), sentencia de 20 de enero de 2015, expediente número: 4583-2013, Actor: Ivonne Ferrer Rodríguez, M.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁵⁴ Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez.

- 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).

- 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 CGP⁵⁵, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por lo anterior, se colige que la condena en costas implica una valoración objetiva valorativa que excluye como criterio de decisión la mala fe o la temeridad de las partes. En efecto, el artículo 188 del CPACA, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la

⁵⁵ «**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: [...]»

sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.⁵⁶

Así mismo, de la lectura del artículo 365 del Código General del Proceso, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad.

En el presente caso, el *a quo* condenó en costas a la parte vencida, es decir a la parte demandante, quien pretendía, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de obtener la nulidad del acto administrativo a través del cual se negó la declaratoria de la relación laboral y el pago las prestaciones sociales correspondientes, durante el tiempo en que prestó sus servicios a la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales. En este sentido, la parte demandante resultó vencida, pues en primera instancia se negaron las pretensiones de la demanda en tanto que se concluyó que se había configurado el fenómeno de la prescripción sobre los derechos reclamados; por lo tanto, no es de recibo el argumento de la parte apelante según el cual no procedía la condena en costas.

En conclusión: La Corporación observa que, la condena en costas realizada por el *a quo* se efectuó en aplicación del artículo 188 del CPACA, es decir, que se condenó en atención a que el nulidiscente fue vencido en el proceso, pues no prosperaron las pretensiones de la demanda.

Decisión de segunda instancia

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección confirmará la sentencia proferida el 13 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que denegó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del

⁵⁶ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.

medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Dani Alexander Toro Reyes y otros en contra de la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, pero por las razones expuestas en esta providencia.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente⁵⁷ 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

⁵⁷ 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.

complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).

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 CGP⁵⁸, 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 costas, de conformidad con el numeral 8 en el artículo 365 del CGP, por resultar parcialmente favorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por cuanto ninguna de las partes actuaron ante esta instancia judicial.

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: Confirmar la sentencia proferida el 13 de marzo de 2015 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que denegó las pretensiones de la

⁵⁸ «**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: [...]»

demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Dani Alexander Toro Reyes y otros en contra de la E.S.E. Hospital Civil de Ipiales, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo: Sin condena en costas en la segunda instancia.

Tercero: 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

