



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 4 de octubre de 2018

Radicación: 73001-23-33-000-2014-00300-01

Número interno: 3412-2015

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Néstor Ferrer Pineda

Demandado: E.S.E. Hospital María Inmaculada de Rioblanco

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-180-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima que negó las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

El señor Néstor Ferrer Pineda, 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 María Inmaculada de Rioblanco.

Pretensiones²:

Como pretensión anulatoria solicitó:

1. Declarar la nulidad del Oficio 164 – GHMI del 7 de noviembre de 2013, expedido por el Hospital María Inmaculada de Rioblanco, a través del cual se negó la existencia de una relación laboral, así como las prestaciones e indemnización.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2. Declarar que entre Néstor Ferrer Pineda y el Hospital María Inmaculada E.S.E., existió una relación laboral, en virtud de la cual el primero prestó servicios personales como bacteriólogo entre el 22 de diciembre de 2011 y el 31 de marzo de 2012.
3. Ordenar a la E.S.E. Hospital María Inmaculada pagar al demandante, a título de indemnización, las prestaciones económicas, salarios e indemnizaciones propias de un empleado público, tales como: prima de servicios, prima de vacaciones, vacaciones, bonificación especial de recreación, bonificación por servicios prestados, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, recargo nocturno, horas extras diurnas y nocturnas, remuneración de trabajo en días dominicales y festivos, indemnización de que trata el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006.

¹ Folios 32 a 39

² Folios 32 a 33.

4. Condenar a la demandada a indexar y reajustar las anteriores condenas.
5. Ordenar el reconocimiento de intereses moratorios.
6. Condenar a la demandada en costas.
7. Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos del artículo 192 de la Ley 1437 de 2012.

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 reconvención. 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 173 a 178 y CD a folio 172

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 174, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[...] Dentro del término legal concedido para tal fin el apoderado del HOSPITAL MARÍA INMACULADA DE RIOBLANCO E.S.E. contestó la demanda y no propuso excepciones previas.

Así mismo, el Despacho no evidencia que se configure alguna excepción previa no de las contempladas en el numeral 6° del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. [...]»

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

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁶

En el *sub lite*, en folios 174 y 175, el Tribunal fijó el litigio respecto de las diferencias entre las partes y los problemas jurídicos:

«[...] El Despacho atiende expresamente a lo manifestado en los escritos de contestación de la demanda y a la información documentada en el expediente.

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

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

De acuerdo a lo anterior, sobre los siguientes hechos no se requerirá práctica de prueba.

3.1. Entre el señor NÉSTOR FERRER PINEDA y el HOPITAL MARÍA INMACULADA DE RIOBLANCO E.S.E. celebraron el CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CDP N° 0009 del 13 de enero de 2012. *Este hecho se prueba con la copia del mencionado contrato allegado con la demanda y con la contestación a la misma visto a folios 10 a 13 y 110 a 113 del expediente.*

3.2. Que el objeto del referido contrato según se lee en el texto del mismo era: *“El contratista se obliga y compromete con el HMI a garantizar y cumplir con la ejecución asistencial como Bacteriólogo en el laboratorio clínico del Centro de Salud de Herrera para garantizar la adecuada prestación de servicios de salud en el Municipio de Rioblanco”.*

3.3. Que el demandante señor NÉSTOR FERRER PINEDA a través de apoderado judicial, y por considerar, que el contrato de prestación de servicios pretendió desdibujar la relación laboral generada con el fin de evadir el pago de salarios y prestaciones sociales propias de un empleado público de carrera administrativa, el día 08 de octubre de 2013 presentó derecho de petición a la entidad demandada, solicitando el pago de todas sus prestaciones laborales. *Este hecho se prueba con la copia del documento visto a folios 4 a 7 del expediente.*

3.4. Que la entidad accionada mediante el Oficio N° 164-GHMI del 07 de noviembre de 2013 da respuesta a la anterior petición, negando la existencia de la relación laboral y el reconocimiento y pago de las prestaciones e indemnizaciones solicitadas. *Este hecho se prueba con la copia del documento visto a folios 8 a 9 del expediente.*

Por consiguiente, el Despacho sustanciados FIJA EL LITIGIO en los siguientes términos:

Se deberá establecer si el acto administrativo demandado se ajustó al ordenamiento jurídico, en cuanto negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de salarios y prestaciones sociales derivadas del mismo, o si por el contrario se debe reconocer que entre el accionante y el HOSPITAL MARÍA INMACULADA DEL MUNICIPIO DE RIOBLANCO E.S.E. existió una relación de hecho, de carácter laboral y por ende tiene derecho el actor a que se le reconozca y pague los salarios y prestaciones sociales dejadas de percibir como consecuencia de dicha relación simulada mediante contrato de prestación de servicios. [...]».

La parte demandada manifestó que debía ser objeto del debate la fecha en que inició la prestación de servicios, siendo incluido en el litigio por el magistrado sustanciador.

SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo del Tolima, en sentencia escrita dictada el 26 de junio de 2015, resolvió:

«[...] **PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho incoadas por el señor NÉSTOR FERRER PINEDA contra el HOSPITAL MARÍA INMACULADA RIOBLANCO E.S.E. [...]» (Cursiva y negrita del texto original)

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

El *a quo* concluyó del conjunto probatorio, que el demandante prestó sus servicios personales como bacteriólogo en las instalaciones del Centro de Salud de Herrera, de lunes a viernes en un horario de 7 a.m. a 12 m y de 2 a 6 p.m. y los sábados de 7 a.m. a 3 p.m., o de acuerdo a la necesidad del servicio; en la institución hospitalaria no existía otro funcionario con la misma

⁷ Folios 205 a 211.

especialidad; no se acreditó la dependencia y subordinación del demandante respecto del gerente de la entidad como jefe inmediato o a la sujeción de órdenes o directrices impartidas por éste, al considerar que se encontraba a 32 kilómetros de distancia; y que la supervisión de las labores las ejercía el coordinador médico.

Frente a la prueba testimonial, indicó que, si bien el señor Mario Fernando García González manifestó haber actuado como el médico coordinador del hospital demandado en el que el señor Néstor Ferrer prestó sus servicios, de su testimonio concluyó que no podía sustraerse la duda acerca del pleno conocimiento de este respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante debía ejecutar el objeto contractual.

Agregó que de las pruebas documentales allegadas no se advierte cosa distinta a la existencia de la relación contractual, al considerar que el interregno en el que el demandante estuvo vinculado, esto es, por 2 meses y 18 días, no demostró la subordinación o dependencia continuada.

De acuerdo con lo anterior, sostuvo que en el proceso se acreditó que el servicio fue contratado para una labor determinada, y específica que no fue objeto de sucesividad contractual, por lo que debía concluirse que el ánimo de la administración no fue la de emplear los servicios del demandante de modo permanente y continuo. Por consiguiente, consideró que al no haberse desvirtuado la autonomía e independencia en la prestación de servicios, no se configuraron los tres elementos de la relación laboral.

RECURSO DE APELACIÓN⁸

El demandante manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia al considerar que en el proceso se demostró que el señor Ferrer Pineda prestó sus servicios entre el 22 de diciembre de 2011 y el 31 de

⁸ Folios 217 a 223.

marzo de 2012 de acuerdo con los contratos allegados al proceso, así como la remuneración percibida.

Señaló que la subordinación y dependencia se demostró con los testimonios que dieron cuenta del cumplimiento de una jornada laboral, la disponibilidad permanente de tiempo para realizar su trabajo por fuera de la jornada laboral, así como el cumplimiento de órdenes por parte del representante del empleador, quien era el doctor Mario Fernando García González.

En ese sentido, consideró que los razonamientos del tribunal no fueron congruentes con el acervo probatorio, al considerar que las labores desempeñadas por el demandante no podían enmarcarse como manifestaciones de dependencia, cuando dentro del contrato de prestación de servicios se indica que el contratista debía estar disponible las 24 horas del día para atender llamadas del hospital.

Con base en lo anterior, señaló que el demandante no tenía autonomía en la prestación del servicio, ni que los riesgos propios de la actividad desarrollada eran asumidos directamente por éste, bajo el entendido de que debía estar supeditado al cumplimiento de un horario, así como las instrucciones y órdenes dadas por el médico coordinador, y que, incluso, debía trasladarse a Rioblanco para atender sus labores como bacteriólogo.

De igual forma, indicó que la entidad demandada no desvirtuó la presunción legal contenida en el código sustantivo del trabajo, norma que, a su juicio, se aplica supletoriamente; y agregó que la labor del demandante no fue transitoria, dado que el hospital ha contratado sus servicios desde el año 2008, tal como indicó el señor Ferrer Pineda en su interrogatorio de parte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada⁹: La entidad indicó que era el demandante quien estaba obligado a demostrar la existencia de la relación laboral, sin que éste hubiera acreditado el elemento de la subordinación o dependencia continuada.

⁹ Folios 239 a 243.

Parte demandante¹⁰: Reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación y agregó que en el proceso se acreditó que el demandante prestó sus servicios al Hospital María Inmaculada desde el 2 de marzo de 2009 y hasta el 20 de septiembre de 2010, para desempeñar labores como bacteriólogo en el corregimiento de Herrera, tal como se advierte del convenio de asociación aportado por el hospital y suscrito por Néstor Ferrer con la Cooperativa de Trabajo Asociado Logística Social; el contrato de prestación de servicios 103 de 2009, suscrito entre la cooperativa y la demandada; escrito a través del cual se solicitó el mejoramiento de la prestación personal; o a través del cual el hospital solicitó el préstamo de equipos al demandante, dentro del término de la relación laboral deprecada, entre otros.

Que las labores fueron subordinadas y bajo el cumplimiento de un horario de trabajo según se desprende del escrito con el cual se le solicitó el mejoramiento de su presentación personal, la disponibilidad de tiempo y del testimonio del señor Mario Fernando García.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

Concepto del Ministerio Público: La agencia del Ministerio Público guardó silencio según constancia secretarial obrante a folio 256 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

¹⁰ Folios 244 a 253.

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, 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 Proceso¹², el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos 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 del señor Néstor Ferrer Pineda, a quién correspondía demostrar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral encubierta a través de contratos u órdenes de prestación de servicios?
2. ¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre el señor Néstor

¹¹ 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.

¹² «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.»

Ferrer Pineda y la E.S.E. María Inmaculada, pese a haber sido vinculado mediante contratos de prestación de servicios?

Primer problema jurídico

¿En el caso del señor Néstor Ferrer Pineda, a quién correspondía demostrar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral encubierta a través de contratos u órdenes de prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Quien pretende la declaratoria de la existencia de un contrato realidad tiene la carga de demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, motivo por el cual ésta le correspondía a la parte demandante. Lo anterior se sustenta en continuación.

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹³. El artículo mencionado prevé expresamente que, en ningún caso, dicho tipo de contratos «[...] generan relación laboral ni prestaciones sociales [...]»

De acuerdo con el aparte transcrito del artículo 32 *ejusdem*, debe entenderse que el legislador reglamentó en dicha norma una presunción según la cual, la celebración de contratos de prestación de servicios no genera en ningún caso una relación laboral entre contratante y contratista o el derecho al pago de prestaciones sociales en favor de este último.

En materia de presunciones, el ordenamiento jurídico colombiano permite dos tipos de esta: la presunción *iure et de iure* o de pleno derecho, y la presunción *iuris tantum* o de ley.

¹³ «**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. [...]»

La primera es excepcional, determinada expresamente por la ley y tiene como principal característica que no admite prueba en contrario. Por su parte, la segunda sí admite prueba en contra, es decir, permite ser controvertida y desvirtuada.

Bajo ese supuesto, el artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula:

«**Artículo 166. Presunciones establecidas por la ley.** Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

En ese sentido, debe entenderse que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene una presunción *iuris tantum* o de ley, motivo por el cual el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, así como la relación laboral que se oculta a través de este sí puede ser demostrada.

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.

En conclusión: La carga de demostrar que una relación laboral se encubrió a través de contratos de prestación de servicios corresponde a la parte demandante, a fin de deprecar las prestaciones y emolumentos que se deriven de ella.

Segundo problema jurídico

¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre el señor Néstor Ferrer Pineda y la E.S.E. María Inmaculada, pese a haber sido vinculado mediante contratos de 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. Lo anterior se sustenta en las razones que se explican a continuación.

Contrato de prestación de servicios vs contrato realidad

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

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

[...]

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [...]»
(Subraya la Sala).

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

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹⁴, y no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁵.

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

¹⁴ 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).

¹⁵ 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 figura¹⁶ y como medida de protección de la relación laboral, porque a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁷.

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

¹⁶ 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).

¹⁷ 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 Salvador¹⁸ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el citado Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

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

¹⁸ «**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.¹⁹

¹⁹ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

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

Extremos temporales de la relación en el *sub lite*

En virtud de los razonamientos esbozados, en el presente caso se observa conforme con la documentación obrante en el expediente que el señor Néstor Ferrer Pineda prestó sus servicios como bacteriólogo en la entidad demandada, de la siguiente forma:

N.º CPS	Objeto	Periodo	Valor	Folio
S/N	[...] EL CONTRATISTA SE OBLIGA Y COMPROMETE CON EL HMI A GARANTIZAR Y CUMPLIR CON LA EJECUCIÓN ASISTENCIAS COMO BACTERIOLOGO EN EL LABORATORIO CLÍNICO DEL CENTRO DE SALUD DE HERRERA PARA GARANTIZAR LA ADECUADA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD EN EL MUNICIPIO DE RIOBLANCO [...]	13/01/12 a 31/03/12	\$9.859.200 pagaderos en 3 pagos parciales	10-13

De acuerdo con lo anterior, está debidamente acreditado en el expediente que el señor Ferrer Pineda prestó sus servicios como bacteriólogo al hospital demandado entre el 13 de enero de 2012 y el 31 de marzo de la misma anualidad.

En ese sentido, si bien el demandante alegó que la prestación del servicio inició a partir del 22 de diciembre de 2011, la Corporación no advierte ninguna prueba que demuestre el extremo inicial de la vinculación como lo pretende en su demanda.

Frente a esto, los testimonios y el interrogatorio de parte no son suficientes para acreditar los extremos temporales pues ninguno de los testigos o, incluso, el demandante, fueron precisos en indicar a partir de qué fecha ingresó el señor Néstor a prestar su saber cómo bacteriólogo en el centro de salud de Herrera, del municipio de Rioblanco, más allá de indicar que éste había laborado en la institución en el 2011 y 2012.

Al respecto, la señora María Rosalba Isaza Castillo, quien era auxiliar de enfermería en el centro de salud de Herrera y afirmó haber sido compañera

de trabajo del demandante, señaló²⁰: «[...] **Preguntado:** ¿Cuántos años duró este señor allí laborando? **Contestó:** Laboró en el 2011 y el 2012. [...]»

El señor Mario Fernando García González, quien fungió como médico coordinador del centro de salud de Herrera durante el periodo reclamado por el demandante, sostuvo²¹: «[...] trabajé con el hospital de Rioblanco en primera instancia como médico rural. Ahí sí es una vinculación, pues yo, me disculpa, yo sé poco de contratos sí, de manera directa le dice uno, después de ahí, salí y trabajé en el 2012 por prestación de servicios. **Preguntado:** ¿durante el tiempo que usted oficio como médico del hospital de Rioblanco díganos si tuvo oportunidad de conocer al Señor Néstor Ferrer Pineda? en caso cierto ¿qué hacía esta persona en ese hospital? **Contestó:** Yo tuve la oportunidad de conocer al doctor Néstor allá, siempre lo conocí como bacteriólogo allá del hospital de Herrera. **Preguntado:** ¿Hace cuánto usted se desvinculó del hospital de Rioblanco? **Contestó:** Yo salí el 31 de diciembre del 2012. Mi último contrato terminó ese día. [...]»

Por su parte, el señor Néstor Ferrer Pineda, al ser interrogado en la audiencia de pruebas, afirmó:²² «[...] **Preguntado:** ¿Cuéntenos exactamente durante qué tiempo estuvo usted vinculado con la entidad hospitalaria demandada? ¿de qué tiempo a qué tiempo? y durante ese término ¿díganos cuántas órdenes de prestación de servicio, cuántos contratos de prestación de servicios se suscribieron? **Contestó:** Con el hospital tuve varias contrataciones cómo desde el 2008. Exactamente no lo recuerdo, pero sí tuve alrededor de, con esta última, tres contratos de prestación de servicios [...]»

En ese sentido, la manifestación del demandante al ser interrogado tampoco encuentra respaldo con los medios de prueba por él aportados, de un lado, en virtud de la cláusula cuarta del contrato en mención, en la cual se pactó el plazo de ejecución en los siguientes términos: «El plazo de ejecución del presente contrato será desde la fecha de suscripción de esta minuta y hasta el 31 de marzo de 2012 [...]»²³; a su vez que el contrato fue suscrito el 13 de enero de 2012, según consta a folio 13 .

De igual forma, obra en el plenario la «propuesta técnica y financiera» que el demandante presentó al Hospital María Inmaculada E.S.E., para desarrollar las actividades de bacteriólogo, requeridas por la demandada, y en la cual el

²⁰ Testimonio obrante en CD a folio 184.

²¹ *Ídem.*

²² *Ídem.*

²³ Ver folio 11.

contratista señala que el periodo de ejecución del contrato era del 13 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2012.²⁴

Corolario de lo anterior, se encuentra suficientemente probado que la relación contractual entre el señor Néstor Ferrer Pineda y la E.S.E. Hospital María Inmaculada de Rioblanco inició el 13 de enero de 2012 y no a partir del 22 de diciembre de 2011 como solicitó el demandante.

Elementos de la relación laboral

- **Prestación personal del servicio**

Definidos los extremos de la vinculación del demandante, para esta Subsección, está demostrado que el señor Néstor Ferrer Pineda prestó de forma personal sus servicios como bacteriólogo en la E.S.E. María Inmaculada de Rioblanco, Tolima, particularmente en el centro de salud de Herrera, de acuerdo con el contrato arriba indicado y que tiene como característica ser *intuitu personae*.

- **Remuneración o retribución por el servicio prestado**

Frente al elemento de la remuneración, advierte la Corporación que, pese a no obrar pruebas en el expediente de los pagos efectuados en el periodo reclamado, el demandante aportó copia de la cuenta de cobro de los honorarios correspondientes a los servicios prestados del 1.º de febrero al 29 de febrero de 2012, por valor de \$3.286.400²⁵.

Además, se observa que, entre el señor Néstor Ferrer Pineda y la E.S.E. Hospital María Inmaculada se pactó el pago de sumas parciales por concepto de honorarios en el contrato de prestación de servicios, razón por la cual se entiende acreditado que el demandante recibía una contraprestación periódica por la ejecución de las actividades para las cuales fue contratado.

- **Subordinación y dependencia continuada**

Ahora bien, en cuanto a la subordinación y dependencia continuada, itera esta Subsección que el objeto contractual para el cual fue contratado el señor Néstor Ferrer Pineda, no fue otro que el de prestar servicios como bacteriólogo en el centro de salud de Herrera.

²⁴ Dicha propuesta obra en folios 20 a 21.

²⁵ Ver folios 14 y 15.

Así, de acuerdo con las obligaciones contractuales asumidas por el demandante, según el contrato de prestación de servicios, éste debía²⁶:

i) realizar pruebas diagnósticas solicitadas por el médico general del centro de salud de Herrera;
ii) diligenciar los registros diarios, transcripción de resultados en los formatos correspondientes;
iii) realizar el montaje y evaluación de controles de calidad en las diferentes secciones del laboratorio;
iv) vigilar que se cumplan las normas de bioseguridad de todo el laboratorio;
v) participar en las charlas académicas que se realicen en la E.S.E.;
vi) procesar exámenes, para los cuales el laboratorio está en capacidad de hacerlo con los reactivos correspondientes;
vii) informar al personal médico y a aquel que los solicite el resultado de exámenes de los pacientes;
viii) recepcionar, tomar y procesar muestras que se van a analizar de acuerdo con los exámenes solicitados, preparar el material necesario para la realización de los trabajos de laboratorio y montar pruebas requeridas;
ix) realizar toma de muestras, separarlos y distribuirlos para el procesamiento en el laboratorio;
x) velar por el cuidado, mantenimiento y asepsia de los elementos y demás equipos de laboratorio;
xi) llevar registros y archivos de los trabajos realizados;
xii) entregar los resultados de los análisis al servicio encargado de su distribución;
xiii) revisar el material y los reactivos para el análisis solicitado a quien corresponda la remisión oportuna de los mismos;
xiv) dar instrucciones específicas al usuario sobre la forma de recolectar las muestras y las condiciones necesarias para la toma de las mismas de los exámenes solicitados;
xv) tomar muestras en el laboratorio y en los servicios del hospital;
xvi) adoptar medidas de bioseguridad para informar oportunamente accidentes de trabajo;
xvii) elaborar los informes que sean requeridos por los diferentes entes de control en las fechas estipuladas referentes a información que es generada desde éste puesto de trabajo;
xviii) cumplir con los manuales y reglamentos adoptados por el hospital;
xix) presentar cuenta de cobro, informes de actividades, y seguridad social;
xx) contar con hoja de vida actualizada y la misma deberá acreditar la idoneidad y perfil suficiente para la ejecución de las actividades contratadas;
xxi) presentar a la gerencia informe de novedades sobre los adelantos en la prestación de servicios contratados;
xxii) concurrir a las actividades diseñadas por la entidad;
xxiii) informar a la gerente cualquier anomalía o hecho ilícito presentado durante

²⁶ Según la cláusula segunda del contrato de prestación de servicios visible a folio 11.

la ejecución del contrato;
xxiv) cubrir los costos de transporte y demás viáticos utilizados en misión.

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 tanto que, en su generalidad, obedecen a la finalidad del servicio contratado; y si bien algunas como la participación en la charlas académicas realizadas en la E.S.E., y concurrir a las actividades diseñadas por la entidad pueden ser consideradas como órdenes de la contratante, lo cierto es que no obra prueba alguna que permita inferir que el señor Néstor Ferrer se hubiese visto compelido a cumplir a cabalidad con su asistencia a eventos de dicha clase.

En ese sentido, la Subsección no encuentra medio de prueba en el proceso que permita corroborar, o al menos inferir, que el demandante 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.

Aunado a lo anterior, el hecho de prestar el servicio en las instalaciones del hospital tampoco es contundente para demostrar la subordinación continuada, pues no se advierte del contrato o de otro documento que el demandante estuviese obligado a prestar el servicio en el centro de salud, ni mucho menos que debiera cumplir a cabalidad el horario previsto para los empleados de planta que allí laboraban.

De igual modo, no se demostró que dentro de la planta de personal de la entidad demandada estuviese creado el cargo de bacteriólogo, ni mucho menos que en el centro de salud de Herrera existiera otro miembro del personal que tuviera iguales funciones que el señor Ferrer Pineda o que estuviera en capacidad de ejecutar estas.

De otro lado, la prueba testimonial practicada en el proceso tampoco brindó elementos de juicio para concluir que el señor Néstor Ferrer Pineda estuviera en condiciones de subordinación y dependencia continuada, para el efecto:

✓ La señora María Rosalba Isaza Castillo, señaló²⁷:

²⁷ Testimonio obrante a folio 184 del expediente.

«[...] A Néstor lo conocí en Herrera cuando él laboró como bacteriólogo de esa institución. **Preguntado:** ¿Cuántos años duró este señor allí laborando? **Contestó:** Laboró en el 2011 y el 2012. **Preguntado:** ¿Usted sabe qué hacía concretamente él al interior del hospital? **Contestó:** Tomaba las muestras de laboratorio y las procesaba. **Preguntado:** ¿Usted sabe cómo se vinculó él a ese hospital? **Contestó:** No señor. **Preguntado:** ¿Usted sabe cuál era el horario que él cumplía en ese hospital? ¿de qué horas a qué horas? **Contestó:** Él entraba a laborar a las 7 de la mañana, salía a las 12 del día, entraba a las 2 de la tarde, salía a las 6 de la tarde. **Preguntado:** ¿Cuántos días laboraba entre semana? **Contestó:** se laboraba de martes a sábado. **Preguntado:** ¿Por qué le consta a usted eso? **Contestó:** Porque fuimos compañeros de trabajo. [...] **Preguntado:** ¿Cuéntenos si usted sabe por qué ha sido llamada a declarar en esta audiencia? **Contestó:** Pues en un comienzo, Néstor me había dicho de que (sic) pues que viniera a declarar por lo que él tuvo un inconveniente, una enfermedad, sí. La verdad la razón no la sé, cuál fue la enfermedad de él. Lo único que sí me consta es que a él en ese tiempo vivía con una compañera que él tenía. Ella tenía que sacarlo a él del cuarto de la mano; este señor salía prendido de las paredes ella lo llevaba al consultorio para el procesar la muestras. **Preguntado:** ¿Usted sabe cómo se vinculó él al hospital? ¿quién lo vinculó? y ¿en qué condiciones lo vincularon? **Contestó:** Eso directamente era con el hospital de Rioblanco. **Preguntado:** ¿Pero sabe usted si a él lo nombraron o le dieron un contrato? ¿cómo lo vincularon? **Contestó:** ... **Preguntado:** ¿No sabe cómo lo vincularon? **Contestó:** No señor. **Preguntado:** ¿Tampoco sabe bajo qué condiciones lo vincularon? ¿qué era lo que tenía que hacer? ¿en qué horario? **Contestó:** El horario sabíamos porque todos teníamos que cumplir el mismo horario. No solo él, todos teníamos que cumplir el mismo horario. Y fuera de eso, él tenía que tener las disponibilidades que lo llamaban y él tenía que acudir a la hora que fuera. En las noches, a la hora que lo llamarán él tenía que acudir a prestar los servicios. [...] **Preguntado:** ¿Quién vigilaba las actividades que hacía Néstor al interior del hospital? **Contestó:** Directamente eso lo vigila Rioblanco, el hospital de Rioblanco. **Preguntado:** ¿Ahí había alguna supervisión sobre esas actividades? ¿cómo lo vigilaban a él? ¿quién concretamente velaba por qué en ese contrato se cumpliera en determinadas condiciones? **Contestó:** él tenía que enviar como todos teníamos que enviar los informes cada mes a Rioblanco porque había que enviar informes cada mes de las actividades que se realizaban. **Preguntado:** ¿Los informes que enviaba Néstor eran solamente de actividades? **Contestó:** Los informes que él enviaba era lo que él realizaba cada mes. [...] **Preguntado:** ¿Diga si los funcionarios que ejercen en Herrera tienen que pasar informes? **Contestó:** Sí señor. **Preguntado:** ¿diga a este despacho si todos tienen que cumplir el mismo horario o el señor Néstor

Ferrer cumplía un horario diferente al de ustedes? **Contestó:** todos tenemos que cumplir horario a diferencia de él que tenía que acudir a la hora que lo llamarán después de las 6 de la tarde, ya esos son, ya son que le digo, pues está el en disponibilidad, ya son disponibilidades que hace, pero cumple igual horario, todos cumplimos el mismo horario. [...] **Preguntado:** ¿dígame al despacho si durante el tiempo que usted laboró en el puesto de salud de Herrera con el doctor Néstor Ferrer Pineda en ese centro de salud había algún personal del nivel directivo del hospital que constantemente estuviera impartiendo órdenes, directrices a todo el personal que laboraba en ese centro de salud y particularmente al doctor Néstor Ferrer Pineda? **Contestó:** No señor, nosotros allá no tenemos una persona que esté pendiente de nosotros porque ya todos somos adultos y somos responsables de nuestros trabajos que nos asignan. **Preguntado:** ¿Dígame al despacho más o menos si usted tiene conocimiento de cuál era la intensidad del trabajo que desarrollaba día a día el doctor Néstor Ferrer Pineda allá en el en el puesto de salud de Rioblanco es decir si todos los días era el mismo nivel, el mismo estándar de muestras que tenía que estar procesando o eso variaba dependiendo los días? **Contestó:** Todos los días no es igual hay días que resulta harto trabajo otros días que no. [...] **Preguntado:** ¿usted dice que él laboró entre el 2011 y el 2012, ese tiempo fue continuo? **Contestó:** Él laboró allá, sí, el tiempo continuo, cuando él no estaba allá estaba en Rioblanco porque cuando mueven el bacteriólogo de Rioblanco porque le dan sus días libres, ellos tienen que venir a cubrir a Rioblanco. **Preguntado:** ¿Recuerda cuánto tiempo fue eso? ¿fueron los dos años o cuánto tiempo laboró él? **Contestó:** Pues que yo me acuerde estuvo en el 2011 y en el 2012. [...]

✓ El señor Mario Fernando García González, sostuvo²⁸:

«[...] trabajé con el hospital de Rioblanco en primera instancia como médico rural. Ahí sí es una vinculación, pues yo, me disculpa, yo sé poco de contratos sí, de manera directa le dice uno, después de ahí, salí y trabajé en el 2012 por prestación de servicios. **Preguntado:** ¿durante el tiempo que usted oficio como médico del hospital de Rioblanco díganos si tuvo oportunidad de conocer al Señor Néstor Ferrer Pineda? en caso cierto ¿qué hacía esta persona en ese hospital? **Contestó:** Yo tuve la oportunidad de conocer al doctor Néstor allá, siempre lo conocí como bacteriólogo allá del hospital de Herrera. **Preguntado:** ¿Hace cuánto usted se desvinculó del hospital de Rioblanco? **Contestó:** Yo salí el 31 de diciembre del 2012. Mi último contrato terminó ese día. [...] **Preguntado:** Precísenos por favor si Néstor Ferrer Pineda ... ¿cómo era el sistema de trabajo de este señor al interior del hospital? **Contestó:** bueno, él como bacteriólogo el doctor Néstor pues le tocaba llegar tipo 7 de la mañana a recibir muestras. Él las

²⁸ *Ídem.*

procesaba. El horario que él tenía era de 7 a 12 y de 2 a 6 y hacer las convenientes participaciones cuando se requiriera en el momento en urgencias. básicamente ese era el trabajo de él. Uno trabaja allá en horario ordinario de martes a sábado y domingo y lunes, pues él tenía que estar o sea fuera de su horario él tenía que estar permanentemente para la disponibilidad que uno llama en el servicio de salud. **Preguntado:** ¿usted, habiendo laborado en ese hospital tuvo oportunidad de oficiar como gerente del mismo? **Contestó:** discúlpeme no lo entiendo ¿cómo gerente? **Preguntado:** ¿habiendo laborado sí como gerente de ese hospital o simplemente estuvo como médico contratista? **Contestó:** yo le comento, yo me desempeñe en el corregimiento la Herrera Nosotros somos Bueno en ese momento Herrera es un centro de salud que está bajo jurisdicción, no sé si sea el término, bueno mejor dicho a uno lo mandan es de Rioblanco. Yo allá hacía las veces de coordinador médico. Primero, pues cuando fui rural y después cuando fui médico general como coordinador. En ningún momento gerente. **Preguntado:** ¿usted conoció los términos de los contratos de prestación de servicios que firmó Néstor Ferrer Pineda con el hospital de Rioblanco? **Contestó:** no, no señor yo pues, un compañero más de trabajo, pero no, nunca de contrato ni nada más cosas. **Preguntado:** ¿usted como médico que fue de ese hospital y como contratista que fue de ese hospital recuerda por favor cómo era el modus operandi en la prestación del servicio? ¿había un supervisor? ¿había alguien que lo vigilaba? ¿cómo se desarrolla ese contrato? **Contestó:** ... **Preguntado:** ... ¿para su caso particular? **Contestó:** para el mío, yo era médico en ese momento, pues tenía entre comillas el título de coordinador, pero yo estaba supeditado a las órdenes de Rioblanco, ósea yo no me podía mover, yo no podía hacer nada si no era autorizado por Rioblanco. Rioblanco era el que, pues en términos generales, es el que me manda, el que me vigila y el que me paga por decirlo así. **Preguntado:** ... ¿usted conoció los contratos? ¿tuvo en sus manos los contratos de prestación de servicio que firmó Néstor Ferrer Pineda con el hospital? **Contestó:** No señor. [...] **Preguntado:** ¿díganos si en el caso de Néstor debía rendir informes? ¿era esencia del contrato que rindiera informes diarios, cada 8 días, cada 15, cada mes al hospital y en caso cierto cómo debía rendirse ese informe, si se le imponían las condiciones para que se rindiera el informe, cómo se hacía eso? **Contestó:** bueno, informe, ... en este momento yo le digo lo siguiente, él cómo bacteriólogo pues tenía que estar en la disposición de tomar muestras y desarrollar las diferentes actividades de bacteriólogo de primer nivel, él tenía que estar, por lo menos, estar presentando los resultados prácticamente diarios de los pacientes tanto de consulta externa como de pacientes de urgencias pues con prelación de la urgencias que era donde uno como médico necesita que los resultados estén a máximo 10 minutos porque es para definir conducta, por eso pues él tenía que permanecer prácticamente dando los informes sobre todo al médico que lo necesitara, la parte pues de consulta externa, pues si los pacientes iban y se lo solicitaban a él para después de hacerlos, participar pues en las consultas donde el paciente fuera a entrar. **Preguntado:** En su

caso particular como médico en la institución y en el caso del bacteriólogo Néstor Ferrer Pineda ¿Cómo era el cumplimiento, cómo debían desarrollar esa actividad que contrataban, estaban supeditados a un horario puntual ... que les implementarán o al discurrir ordinario laboral de parte del hospital?

Contestó: No señor, había que cumplir horarios, en el caso, en el caso mío, pues a nosotros se nos manejaba por intermedio de cuadro de turnos o de cuadro de rotación. En el caso del doctor Néstor pues él tenía que cumplir un horario que siempre estaba era de 7 a 12 y de 2 a 6 de la tarde, de martes a viernes. Los días sábados él trabajaba igual que el que está de consulta externa de 7 de la mañana a 3 de la tarde lo otro es que, pues él siendo el bacteriólogo del hospital estaba supeditado que el médico de urgencias, cualquiera que fuera, fuera el rural o fuera el médico general lo llamara para maternas o para cualquier eventualidad que se suscitará, que se requiriera de laboratorio de química.

Preguntado: Bueno más o menos por lo que usted ha manifestado en esta audiencia nos da a entender que cumplía un horario, pero también que tenía que tener alguna disponibilidad.

Contestó: sí señor.

Preguntado: ¿sabe usted si en esa disponibilidad cumplió algunos

turnos de manera concreta en qué tiempo, que fechas?

Contestó:

¿discúlpeme, qué turnos?, ¿el doctor a qué se refiere?

porque en el caso

mío, turnos para nosotros son turnos de 12 horas o de 24 horas o de 36

horas, en el caso que usted habla el doctor Néstor, turnos, o sea yo le puedo

mencionar al doctor como trabajo él, al menos mientras yo estuve allá con él,

sí, pero el turno no le entiendo, ¿con el turno usted a que se refiere?

Preguntado: ¿la disponibilidad? usted dice el horario es de tal a tal hora y lo

demás, ¿debe estar en disponibilidad?, la pregunta es ¿en esa disponibilidad

qué trabajo prestó? ¿dónde? ¿cuándo? con fechas.

Contestó: no doctor,

con fechas si es como difícil, pero yo le comento esto, el caso mío, que

atendía partos en la madrugada, son las noches, cuando llegaba una

materna era pues prioritario llamar al bacteriólogo para tomar la química

parcial de orina, frotis de flujo vaginal, cuadro hemático, serología, que era lo

básico, que no podía hacer allá en esa instancia para uno poder atender un

parto y medianamente estar uno como seguro de que no viniera una

enfermedad, no hubiera una patología, cuando de pronto había un herido,

allá es bastante álgida la zona, la gente arregla la situación apunta de

peinilla, entonces cuando habían heridos también había que llamarlo para

que nos tomará cuadro hemático para llevar seguimientos de hemoglobina y

hematocritos, o sea, él tenía que estar dispuesto a que el médico de

urgencias en cualquier momento lo requiriera 1, 2, 3 de la mañana a 6 de la

mañana a la hora que fuera. [...] **Preguntado:** ¿diga a este despacho sí no

cumplían con esos informes podían sufrir alguna sanción por parte del

hospital?

Contestó: Sí señor, claro, o sea lo que cualquier empleado se le

hace cuando no cumple con lo que se le dice, no, llamados de atención,

cosas de esas.

Preguntado: ¿Néstor Ferrer cumplió a cabalidad con todos

los informes durante el tiempo que usted lo conoció, siempre cumplió el

horario que dice usted que se tiene que cumplir en el sitio de Herrera o faltó

en algún momento, justificó o algo?

Contestó: mientras yo fui médico, de

una manera siempre, lo voy a decir aquí y en cualquier parte, el doctor Néstor Ferrer es un profesional excelente, muy entregado, a la hora que uno fuera o qué uno lo llamara él siempre estaba allá. Muchas veces llegó con linterna y bajo un aguacero bien tremendo porque a veces en la madrugada le tocaba llegar allá y él llegaba a colaborarnos a ejecutar la parte de laboratorio. [...] **Preguntado:** ¿y frente a lo que decía el doctor, los turnos él los cumplió a cabalidad? **Contestó:** Sí señor, o sea, lo que era el horario habitual de él siempre. Yo creo que el doctor Néstor era de los que más temprano llegaba de la parte de nosotros, de los profesionales y siempre que se requirió para esas situaciones eventuales de las disponibilidades siempre, yo como médico nunca voy a decir que él de pronto, en algún llamado se puso bravo, no quiso atender, no, siempre llegó al hospital a colaborarnos con la situación. **Preguntado:** ¿diga este despacho si ustedes tenían en Herrera algún funcionario o un jefe inmediato para rendir informes? **Contestó:** no hay allá, pues como yo le digo, si como coordinador era una figura entre comillas, ... yo estaba pendiente de toda la situación. Él me rendía a mí informes y generalmente los informes se tenían que presentar directamente a Rioblanco porque ellos pues son la parte, digamos así, la parte administrativa y la parte a la que nosotros teníamos que prácticamente, rendirle cuentas y todo, se manejaba siempre en ese estilo, o sea cualquier cosa cuando él tenía que salir o algo generalmente él tenía que presentarse unos días a Rioblanco, él lo que hacía es que me avisaba con anticipación de que lo requerían allá, pues para nosotros ir tratando de cuadrar la situación de laboratorio y todo eso, pues ya ir mecanizando la forma de mandarlas hasta Rioblanco para que allá la persona que estuviera encargada las procesara y todo eso. [...] **Preguntado:** usted acaba de mencionar en su respuesta que allá de Herrera había una coordinación médica y que usted inclusive llegó a ser coordinador médico ¿clarifíqueme aquí al despacho si esa coordinación médica que usted dice que se ejercía en el puesto de salud de Herrera y que usted ejerció obedecía alguna decisión tomada por la administración del hospital a través de un acto administrativo, había algún oficio, alguna comunicación por escrito que determinará quien ejercía la coordinación médica en el puesto de salud de Herrera? **Contestó:** bueno doctor, mire, cuando yo fui a trabajar a Herrera en el momento de la presentación con todos los compañeros de trabajo, a mí se me presentó como médico y como el nuevo coordinador si, ... nunca firmé nada y nunca me pagaron más por una coordinación pero yo era la cabeza visible de la parte allá en el centro hospital Herrera y siempre se referían a mí como coordinador, de hecho, la presentación que se hizo ante los compañeros de trabajo fue como coordinador. **Preguntado:** [...] ¿hubo algo por escrito que determinará esa relación suya como coordinador en el en el hospital de Herrera, bien de usted o de cualquier otra persona del puesto de salud de Herrera? **Contestó:** le contesto mi doctor, no hubo nada por escrito, hubo una presentación verbal a todos ante los compañeros de trabajo. [...] **Preguntado** Con fundamento en esa respuesta que usted nos acaba de dar ¿sírvase confirmar entonces si usted supuestamente ejerció como

coordinador médico del doctor Néstor Ferrer Pineda en lo que hace referencia al contrato de prestación de servicios CDP 09 del 2012?

Contestó: Pues doctor, no conozco el contrato, mucho menos de seriales, sí, porque yo no vinculé al doctor Néstor Ferrer, yo simplemente hacía las veces de coordinación en Herrera y vuelvo y se lo repito no, mediante acto administrativo ni público ni nada de eso, sino una manera verbal por intermedio de la gerente del momento. **Preguntado** de igual manera usted

nos manifestó que debían de cumplir unos turnos en el hospital y concretamente en el puesto de salud de Herrera, yo quiero que especifique aquí al despacho si en ese cuadro de turnos que se manejaba supuestamente en el Hospital María Inmaculada y concretamente en Herrera dentro de ese cuadro de turnos cómo usted sabe cómo medico ¿en qué consiste ese cuadro de turnos, en ese cuadro de turnos se incluía al doctor Néstor Ferrer Pineda?

Contestó: cuadro de turnos para el doctor Néstor no puede existir porque no había sino un sólo bacteriólogo en Herrera, él tenía que estar allá 24 horas del día. **Preguntado:** de igual manera manifestó que

para efectos de tramitar las cuentas de cobro el pago de los salarios tenían que rendir un informe a la dirección del Hospital María Inmaculada y que en ocasiones si no se presentaban esos informes había una represalias que eran inclusive llamados de atención ¿yo quiero que nos manifieste si usted tuvo conocimiento sí a usted o al doctor Néstor Ferrer Pineda le llegaron a llamar la atención por el hecho de no haber presentado los informes de actividades que tenía que desarrollar sobre la base de su contrato de prestación de servicios? **Contestó:** No le entendí, o sea ¿un llamado

atención por qué no mostraba las cuentas de cobro? **Preguntado:** sí,

usted en su respuesta anterior manifestó que cuando no se presentaban las cuentas de cobro entonces que los castigos o las implicaciones que podría traer eso era que habían llamado de atención. Entonces, yo quiero que me ¿clarifique si usted tuvo conocimiento que al doctor Néstor Ferrer Pineda le hubieran hecho algún tipo llamado de atención por esa eventualidad?

Contestó: doctor mire, vea, cuando uno pasa una cuenta de cobro, si no la pasa es mejor para el empleador. **Preguntado:** es muy concreta la

pregunta, ¿alguna vez le llamaron la atención por no rendir un informe?

Contestó: delante mío no. **Preguntado:** ¿esos llamados de atención eran

verbales o por escrito? **Contestó:** si el llevo a recibir, mire mi doctor, los llamados de atención los tenía que hacer directamente la parte de Rioblanco, o sea, ellos son la parte administrativa y ellos son la parte contratista, yo arriba lo único que hacía era verificar que las cosas funcionaran, pero más es una figura que un ente administrativo. **Preguntado:** ¿Dígale al despacho

si ahí en Herrera permanecía o con frecuencia asistía personal directivo del hospital como la gerente a impartir órdenes instrucciones y si eso era así con qué regularidad? **Contestó:** mientras yo estuve, la gerente subió como tres

veces y de resto ella lo único que hacía era llamar al muchacho que en esa parte uno llamaba desde la parte administrativa y por intermedio de él o de correos electrónicos era que nos hacía llegar las órdenes del hospital de Rioblanco al hospital de la Herrera. **Preguntado:** ¿tiene conocimiento de

que el doctor Néstor Ferrer Pineda hubiese recibido algún tipo de orden como los que usted acaba de manifestar verbalmente o por correo electrónico e impartiendo órdenes para que realizará su actividad o para que, de determinada forma realizará su trabajo? **Contestó:** doctor el conocimiento que yo tengo de la actividad del doctor Néstor es que es bacteriólogo y por lo tanto como único bacteriólogo tenía que permanecer ahí dentro del casco urbano para cualquier situación de urgencias, aparte de eso desarrollar las actividades que normalmente, cotidianamente tenía que realizar. [...]»

De acuerdo con los dichos de los testigos llamados a declarar por la parte demandante, el señor Néstor Ferrer Pineda debía cumplir un horario de 7 am a 12 m y 2 a 5 pm de martes a viernes y los sábados de 7 am a 3 pm, sin embargo, además debía tener la disponibilidad de acudir al centro de salud de Herrera, por fuera de la jornada habitual, a cualquier hora del día o de la noche, en caso de ser requerido por el médico de turno que atendiera urgencias.

No obstante, para la Subsección dichas declaraciones no encuentran respaldo probatorio toda vez que en el expediente no obra medio de convicción alguno que permita confirmar estas, tales como memorandos, oficios, comunicaciones o circulares, entre otros, dirigidos al demandante o los contratistas que prestaban su servicio en el centro de salud de Herrera, entre los cuales se encontraría el demandante, en el cual se informara a estos el deber de cumplir de forma estricta el horario determinado por la E.S.E. María Inmaculada. Tampoco obra una prueba que brinde un grado de convencimiento sobre la subordinación a la que el señor Ferrer estuviera sujeto, de la cual se infiera que este tenía, por obligación, estar disponible para la entidad las 24 horas del día, los 7 días de la semana, para tomar muestras o análisis de laboratorio en el centro de salud.

Además, se advierte de la declaración de la señora María Rosalba Isaza que quienes laboraban en el centro de salud de Herrera no tenían una persona que verificara el cumplimiento del horario o que les diera órdenes e instrucciones, sobre cómo debían realizar sus funciones o actividades; más aún, la declarante afirmó que no necesitaban de un supervisor porque todos allí eran adultos y eran responsables por los trabajos que les asignaban, situación que, al contrastarse con la manifestación de no conocer el contrato de prestación de servicios del demandante, lleva a inferir a la Subsección que la testigo fundó sus dichos en su experiencia mas no en las condiciones en que el señor Néstor Ferrer Pineda se obligó para con la demandada a prestar su servicio.

La misma situación se predica del testimonio del señor Mario Fernando García González, quien, se reitera, era el coordinador médico del centro de salud de Herrera, al afirmar que además del horario habitual, el señor Ferrer Pineda debía estar disponible las 24 horas, los 7 días de la semana; sin embargo, al cuestionársele sobre quién le daba las órdenes al demandante o si la E.S.E. María Inmaculada exigía que este prestara su servicio con disponibilidad total por parte del hospital, no supo dar respuesta de ello.

De otro lado, tampoco obra prueba de que el testigo, el señor Mario Fernando García como coordinador médico en el centro de salud de Herrera, hubiese dado órdenes e instrucciones al demandante como representante de la entidad contratante, y en ese sentido, se reitera lo manifestado por la señora Isaza Castillo, según la cual ellos no tenían allá funcionarios que los vigilaran y que dicha vigilancia se ejercía a través de los informes que se enviaban a Rioblanco.

En virtud de lo anterior, la Corporación estima que no existe un medio de prueba que permita generar un grado de convencimiento acerca del estado de subordinación y dependencia continuada en la que se encontraba el señor Ferrer Pineda en el centro de salud de Herrera, pues los que obran en el expediente no permiten acreditar de forma fehaciente que el demandante estuviera compelido a estar disponible para la prestación del servicio ni a cumplir el horario de atención que tenía la E.S.E. María Inmaculada de Rioblanco en el corregimiento de Herrera.

Además, la afirmación del demandante en el recurso de apelación en la cual indicó que en el contrato de prestación de servicios se dispuso la disponibilidad de 24 horas al día para atender los requerimientos del hospital tampoco se encuentra probada pues, *a contrario sensu*, en el contrato obrante a folios 9 a 13 del expediente no se estipuló en ninguna de sus cláusulas la citada disponibilidad.

Finalmente, respecto a la transitoriedad de la prestación de servicios a que se aludió en la apelación, que según el interrogatorio rendido por el señor Néstor Ferrer, este estuvo vinculado a la E.S.E. Hospital María Inmaculada desde el año 2008, tampoco obra prueba alguna que permita confirmar el dicho del demandante para dar cuenta de una relación contractual o laboral entre las partes por más de cuatro años; en ese sentido únicamente se acreditó fehacientemente la existencia de una vinculación por contrato de prestación de servicios por un periodo de aproximadamente, dos meses y medio, situación que, para esta Corporación no rompe con la facultada

otorgada por el legislador en el sentido de que este tipo de contratos pueden suscribirse por los periodos estrictamente indispensables.

En cuanto a los medios de prueba a que aludió la parte demandante en los alegatos de conclusión en esta instancia, debe advertir la Subsección que documentos tales como el convenio de asociación suscrito entre el señor Néstor Ferrer Pineda y la Cooperativa de Trabajo Asociado Logística Social, el contrato de prestación de servicios 103 de 2009 suscrito entre este y el Hospital María Inmaculada, o los supuestos escritos a través de los cuales se le solicitó al demandante mejorar su presentación personal o el préstamo de equipos de laboratorio no fueron aportados al expediente por ninguna de las partes, luego la subordinación no puede acreditarse con elementos de prueba que no hayan sido debidamente aportados, decretados y practicados en las correspondientes etapas del proceso.

En ese orden de ideas, para la Corporación no se acreditó de forma fehaciente que el demandante se encontrase en situación de subordinación y dependencia continuada, siendo este quien tenía la carga de demostrar la configuración de los elementos de la relación laboral. Situación que conlleva a confirmar la providencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

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 y dependencia continuada, considera esta Corporación que la sentencia proferida en primera instancia debe ser confirmada.

Decisión de segunda instancia

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección confirmará la sentencia proferida el 26 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Néstor Ferrer Pineda en contra de la E.S.E. Hospital María Inmaculada de Rioblanco.

De la condena en costas

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

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁰,

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

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 condenará en costas al demandante, de conformidad con el numeral 1 en el artículo 365 del CGP, por resultar desfavorable el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y por cuanto se encuentran causadas toda vez que el ente hospitalario demandado actuó 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 26 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso el señor Néstor Ferrer Pineda en contra de la E.S.E. Hospital María Inmaculada de Rioblanco.

Segundo: Condenar en costas en la segunda instancia a la parte demandante de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

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

