

706



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, diciembre once (11) de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante: **Rosa Yasmín Ayala Ramón**
Demandado: ESE Hospital Especial de Cubará
Expediente: 15238-33-33-001-**2016-00237-01**

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por Rosa Yasmín Ayala Ramón, contra la sentencia de primera instancia proferida el **04 de marzo de 2019 (ff. 640 a 648 c3)** por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama que **negó** las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES.

1.1. Demanda (ff. 2 a 34 c1).

En ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, a través de apoderado judicial, Rosa Yasmín Ayala Ramón solicitó la nulidad del **Oficio No. G2-2016-031 de 2016 (ff. 35 a 37 c1)** expedido por el Gerente de la ESE Hospital Especial de Cubará, que **negó** la solicitud de reconocimiento de una relación laboral y el pago de las prestaciones sociales correspondientes.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- ♣ Se declare que entre Rosa Yasmín Ayala Ramón y la ESE Hospital Especial de Cubará, existió una relación laboral por el periodo comprendido entre **1° de junio de 2009 y el 30 de septiembre de 2015.**
- ♣ Se condene a la ESE Hospital Especial de Cubará, al pago en favor de la demandante, de: **i) salarios, ii) prestaciones, iii) indemnizaciones, iv) horas extras, v) compensatorios, vi) recargos nocturnos, dominicales y festivos, vii)**

primas legales y extralegales, **viii)** incrementos salariales, **ix)** pólizas; y **x)** demás beneficios salariales y prestacionales “reconocidos por Convención Colectiva de Trabajo y/o Acuerdo Sindical vigente para los años 2009 a 2015” (f. 3); como consecuencia de la relación laboral en comento.

- ♣ Se ordene el pago de las cotizaciones que por concepto de seguridad social integral se causaron durante el referido lapso.
- ♣ Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
- ♣ Se condene en costas a la demandada.
- ♣ Se indexen las sumas de dinero que resulten en favor de la demandante.
- ♣ Se ordene el reconocimiento y pago de intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamentos fácticos relevantes, expuso que:

- ♣ Rosa Yasmín Ayala Ramón prestó sus servicios como fisioterapeuta en favor de la ESE Hospital Especial de Cubará desde el **1° de junio de 2009 hasta el 30 de septiembre de 2015**, “a través de vinculación directa de manera verbal” (f. 4).
- ♣ Durante el referido lapso: **i)** atendió de manera personal a los pacientes que le fueron asignados por su superior inmediato y, **ii)** acató las órdenes impartidas para el efecto, por la demandada. Lo anterior, en horario de lunes a viernes, de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.¹
- ♣ Cumplió a cabalidad todas sus funciones, tal como “se evidencia en el informe mensual y soportes de Terapias y demás actividades realizadas que presentaba a su Jefe Inmediato o al Gerente del Hospital, evidenciándose que de fondo existía una subordinación (...)” (f. 5),
- ♣ A título de honorarios, recibió pagos mensuales de aproximadamente **un millón ochocientos mil pesos (\$ 1.800.000) m/cte.**

¹ En ese sentido, expuso literalmente, que “(...) A diario se fijaba la agenda de pacientes que debían atenderse en el horario de Lunes a Viernes de 08:00 a.m. a 12 m y de 2:00 p.m. a 06:00 p.m., asignándose los pacientes conforme a las órdenes remitidas y aprobados (Sic) por el Hospital, sin pausas activas (...)” (f. 5).

707

- ♣ *Participó activamente en los Comités de Calidad, Historias Clínicas, Bienestar Social, Emergencias Hospitalarias, Técnico Científico, Ética, Infecciones y Seguridad, e Instituciones Amigas de la Mujer y la Infancia (IAMI), así como en el periódico institucional de la ESE demandada.*
- ♣ *En vigencia de su vinculación, "(...) se le presentaron unos contratos de Prestación de Servicios Profesionales, denominados "Contratos de Trabajo" bajo la supuesta naturaleza de contratos establecida en la Ley 80 de 1993, no siendo otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal (...)" (f. 5).*
- ♣ *El 24 de agosto de 2015, mediante Oficio No. G2-2025-079 expedido por el Subgerente de la entidad demandada, fue notificada de la terminación unilateral de su relación laboral, a partir del 30 de septiembre de 2015.*
- ♣ *Se desempeñó sin solución de continuidad y bajo las mismas condiciones de dependencia y subordinación de cualquier otro servidor público, pues sus labores no diferían de las realizadas por el personal de planta de la ESE.*
- ♣ *Se encontraba sujeta a un reglamento interno de trabajo, en el marco de un sistema disciplinario común.*
- ♣ *No se efectuaron durante el periodo de contratación relacionados pagos en su favor por concepto de prestaciones sociales ni se realizaron cotizaciones al Sistema de Seguridad Social Integral².*
- ♣ *Sin perjuicio del contrato realidad acaecido el 1° de abril de 2014 la ESE demandada le presentó a la hoy demandante un contrato de trabajo a término fijo por **9 meses**, el cual, extendió su vigencia hasta la fecha de finalización de la relación laboral³.*

En esas condiciones, señaló como **normas vulneradas y concepto de violación**, señaló los artículos 1, 13, 25, 43 y 53 de la Constitución Política; 32 numeral 3° de la

² Se agregó en ese punto, que la demandada descontó un porcentaje por concepto de retención en la fuente a la asignación salarial devengada por la contratista, sin tener en cuenta que se había trabado entre ellas, una verdadera relación laboral.

³ Textualmente, expuso: "(...) El día 01 de Abril de 2014, la E.S.E. Hospital Especial de Cubará por intermedio de su señor Gerente, le presenta a la trabajadora un Contrato de Trabajo a Término Fijo por 9 meses como Trabajadora Fisioterapeuta, Contrato que continuó vigente hasta la fecha de finalización de su relación laboral, a sabiendas que ya existía un **Contrato de Trabajo Realidad** el cual se había iniciado el 01 de Junio de 2009 conforme a las condiciones laborales por las cuales fue contratada en esa época (...)" (f. 6) - Negrilla del texto original -.

Ley 80 de 1993⁴; 3° de la Ley 79 de 1988⁵; 71, 74, 76, 79, 82 y 93 de la Ley 50 de 1990⁶ y la Ley 1437 de 2011⁷.

Arguyó que, con la expedición del acto administrativo demandado la ESE Hospital Especial de Cubará incurrió en error de derecho por violación directa de la ley, en tanto, desconoció lo preceptuado en la Carta Política, la normatividad laboral vigente y, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En ese sentido, trajo a colación la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 24 de mayo de 2012 dentro del expediente 1900123000120050150901, mediante la cual, se despacharon favorablemente las súplicas de la demanda en un caso de similares contornos fácticos⁸.

Finalmente, adujo que el Oficio No. G2-2016-031 de 2016 adolece de falsa motivación, con fundamento en lo siguiente:

“(…) la demandada, al expedir el acto administrativo, aquí demandado (…) negó las pretensiones incoadas, argumentando que la Fisioterapeuta al ser vinculada de manera verbal inicialmente y posteriormente por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado, con las cuales nunca se suscribieron Contratos de Trabajo o de Prestación de servicios en Misión, pese a lo señalado por la Jurisprudencia y la Doctrina Laboral en donde se establecen las condiciones en las que estos tipos de contratos, general una relación laboral directa con el empleador y las condiciones que deben cumplir los trabajadores en Misión que se contraten por medio de Intermediarios laborales (…)” (f. 30).

1.2. Contestación de la demanda.

Pese a encontrarse debidamente notificada⁹, la ESE Hospital Especial de Cubará no contestó la demanda¹⁰.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹¹.

El Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama, en sentencia proferida el **04 de marzo de 2019** negó las pretensiones de la demanda.

⁴ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁵ “Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa”.

⁶ “Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.”

⁷ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁸ De la misma, aportó copia simple.

⁹ Tal como consta a folios 352 y 354 del expediente.

¹⁰ De ello se dejó constancia en auto de 19 de abril de 2017, visto a folio 356 del expediente.

¹¹ Vista a folios 640 a 648 del cuaderno 3 del expediente.

Contrajo el problema jurídico a dilucidar si entre la hoy demandante y la ESE Hospital Especial de Cubará, existió verdadera relación laboral por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 2009 y el 30 de septiembre de 2015, que diera lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales reclamadas.

Para el efecto, luego de examinar el marco normativo y jurisprudencial en relación con el “contrato realidad” a partir de la suscripción de contratos de prestación de servicios, reseñó la sentencia de unificación proferida el **25 de agosto de 2016** por el Consejo de Estado dentro del expediente con Radicación No. CE-SUJ2-005-16 23001-23-33-000-2013-00260-01¹² y precisó, en síntesis, lo siguiente:

- ♣ *El contrato realidad surge cuando se constata en juicio la continuidad de la prestación de servicios personales remunerados propios de la actividad misional de la entidad contratante ejecutados: i) en sus propias dependencias o instalaciones, ii) con sus elementos de trabajo y, iii) bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño, que desbordan las necesidades de coordinación respecto de los contratistas autónomos.*
- ♣ *La subordinación o dependencia es la situación en que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y se le imponen reglamentos.*
- ♣ *Le corresponde a la parte actora demostrar que la labor desempeñada es inherente a la entidad y que existió similitud con los demás empleados de planta, como requisito necesario para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral.*
- ♣ *Por el hecho de que se declare la existencia de una relación laboral y se reconozcan derechos económicos de ese tipo a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, no se otorga la calidad de empleado público, pues para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y de posesión.*
- ♣ *El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de una relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho.*
- ♣ *Quien pretenda el reconocimiento de una relación laboral con el Estado y el pago de las prestaciones sociales, deberá reclamarlos dentro del término de tres años*

¹² Con ponencia del Consejero Carmelo Perdomo Cuéter.

contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. No aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión.

- ♣ Las reclamaciones de los aportes pensionales por su carácter de imprescriptibles, se encuentran igualmente exceptuadas de la caducidad del medio de control.
- ♣ El estudio de la prescripción en cada caso será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal.
- ♣ Entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario o el imperativo de presentar informes sobre resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración del elemento subordinación.

Al descender al caso concreto, enlistó las pruebas allegadas al expediente, y advirtió en primer término, lo siguiente:

“(...) Conforme a la controversia suscitada debe este Despacho destacar que en todo caso la misma se restringirá al periodo comprendido entre el 1 de junio de 2009 y hasta el 30 de marzo de 2014, toda vez que desde esa fecha y hasta el 30 de septiembre de 2015, la vinculación de la demandante se dio como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo a término fijo (fls. 81, 132, 313 y 506 a 607), sin que como consecuencia de dicho vínculo deba entrar a analizarse si se dan los presupuestos necesarios para clarificar si se presentan los elementos de una verdadera relación laboral toda vez que de por sí ya le son propios, pues lo que interesaría saber es si a la fecha la entidad accionada se encuentra pendiente por el pago de las acreencias laborales en ese periodo, no obstante dicho análisis escaparía a lo que por competencia debe conocer esta jurisdicción en aplicación de lo previsto por los arts. 105 y 155 numeral 2º del C.P.A.C.A., razones más que suficientes para advertir que el análisis se centra únicamente en el periodo que la demandante estuvo vinculada bajo la modalidad de supuestos contratos de prestación de servicios (...)” (f. 646 c3) - Negrilla fuera del texto original -.

Indicó que, según se pudo colegir de las pruebas arrojadas al proceso, la hoy demandante prestó sus servicios profesionales como fisioterapeuta al servicio de la ESE Hospital Especial de Cubará, como resultado de múltiples contratos de prestación de servicios suscritos entre la ESE y varias Cooperativas de Trabajo Asociado, así:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	INTERMEDIARIO	BENEFICIARIO
11 - May - 2009	31 - Dic - 2010	COOPTRAINCOL	ESE Hospital Especial de Cubará

201

3 - Ene - 2011	31 - Mar - 2011	COOPTRAINCOL	ESE Hospital Especial de Cubará
1 - Abr - 2011	31 - Dic - 2011	COOPTRAINCOL	ESE Hospital Especial de Cubará
1 - Ene - 2012	31 - Mar - 2012	PROSPERAR BOGOTÁ	ESE Hospital Especial de Cubará
1 - Abr - 2012	31 - Dic - 2012	LABOR PROFESIONAL	ESE Hospital Especial de Cubará
1 - Ene - 2013	31 - Dic - 2013	LABOR PROFESIONAL	ESE Hospital Especial de Cubará
1 - Ene - 2014	31 - Mar - 2014	ASOTRASACOL	ESE Hospital Especial de Cubará

De allí que, en atención a las reglas legales y jurisprudenciales referidas, forzoso resultaba concluir que se encontraban acreditados en el sub examine dos (2) de los tres (3) elementos propios de una relación laboral, a saber:

- i) Rosa Yasmín Ayala Ramón prestó personalmente sus servicios como fisioterapeuta en favor de la demandada, los cuales resultan propios de la actividad misional de la ESE.
- ii) Por la prestación de tales servicios, percibió una retribución de carácter económico.

Empero, no se acredita subordinación en tanto "no aparece prueba de la que se derive que la gerencia de la ESE Hospital Especial de Cubará, le impusiera órdenes a la demandante, le exigiera cumplirlas o le impusiera reglamentos internos, todo ello encaminado a lograr el objetivo misional de la entidad (...)" (f. 646 c3).

Por el contrario, da cuenta el material probatorio de la existencia de una simple de coordinación de actividades - tal como lo sostuvo la demandada - representada en el sometimiento normal del contratista, con acatamiento de un horario y sujeción a ciertas directrices. Refirió como prueba, las oportunidades en que se le invitó a la hoy demandante a participar de algunos comités de la entidad, simplemente para actividades sociales.

Consideró no bastaba la afirmación de hechos carentes de prueba y la constancia de pagos. Al respecto, concluyó:

"(...) del material probatorio aportado al plenario no es posible inferir la imposición de órdenes, o condiciones laborales parecidas a los funcionarios de planta de la ESE Hospital Especial de Cubará, tampoco se acredita la continua supervisión de las actividades desarrolladas por la contratista o la imposición de un reglamento y mucho menos se demuestra que los contratos de servicios suscritos se hubieran emitido en contravía de las normas establecidas en el sistema de contratación nacional, como era deber de la parte demandante en los precisos términos del art. 167 del C. G. del P. (...)" (f. 647 c3).

Anotó que, si bien se aportaron al proceso ciertos informes de actividades, lo cierto es que no se corrobora que los mismos hayan sido presentados directamente por la hoy demandante y, obedecen en todo caso, al menos en principio, al cumplimiento de una obligación contractual.

En esos términos, concluyó la ausencia de demostración de la relación laboral invocada, y recordó que: **i)** a quien atañe la carga de la prueba en la demostración de una relación laboral a partir de un contrato de prestación de servicios, en particular la subordinación, es al contratista y, que **ii)** declarar la existencia de la relación laboral y, por consecuencia, el reconocimiento de derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios no otorga la calidad de empleado público.

III. RECURSO DE APELACIÓN¹³.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **parte demandante** presentó recurso de apelación.

Aseveró que, de conformidad con el artículo 97 del Código General del Proceso, la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la misma, hace que ellos se presuman ciertos si son susceptibles de confesión.

Que el a quo pasó por alto las consecuencias procesales del silencio de la demandada, pues aun cuando la ESE Hospital Especial de Cubará no contestó la demanda, impuso “a la actora la obligación de demostrar los hechos que por sí solos debían ser tomados como ciertos por no haberse presentado contestación de la demanda” (f. 656). En otras palabras, omitió aplicar la denominada carga dinámica de la prueba “para obligarlo (Sic) a debatir sus propios hechos pese a que estos ya se habían tomado como ciertos por la omisión legal dentro del proceso” (f. 656).

En todo caso, afirmó que las pruebas aportadas acreditan suficientemente los elementos propios de la relación laboral, pues se probó que la demandante prestó sus servicios como fisioterapeuta al servicio de la demandada en condición subordinada o dependiente y recibió por ello una contraprestación. Sobre el particular, adujo:

¹³ Visto a folios 653 a 672 del cuaderno 3 del expediente.

OK

“(...) se aportaron al libelo todos cada uno (Sic) de los documentos que daban fe que su labor no la realizaba de manera autónoma o independiente, sino que por el contrario debía acatar y cumplir con el horario señalado en el Reglamento Interno de Trabajo para todos los empleados del Hospital dentro del cual se le fijaba la agenda de pacientes que debía atender dentro de la institución en calidad de Fisioterapeuta, siendo estas labores inherentes a la entidad, comparándola con los demás compañeros de trabajo (...) quienes al igual que ella debían cumplir las mismas labores, dentro de los mismos horarios y bajo la supervisión de sus superiores dentro del Hospital (...)” (f. 657 c3).

Así las cosas, advirtió un abuso de la demandada al acudir a contratos de prestación de servicios y, argumentó que: **i)** desempeñó de manera permanente labores propias del sector salud en favor de la demandada, **ii)** en las instalaciones y con los elementos de trabajo suministrados por la misma y, **iii)** en los términos precisos indicados por el Gerente y el Subgerente de la entidad, Luis Edgar Osorio López, quien fungía como su jefe inmediato¹⁴. Enfatizó, que las funciones encomendadas no fueron ocasionales, accidentales o transitorias, como lo exige la naturaleza del contrato de prestación de servicios¹⁵.

De otra parte, indicó que, durante su vinculación, la demandante se encontraba cursando una especialización en Ejercicio Físico para la Salud en la ciudad de Bogotá, razón por la cual, cada mes debía diligenciar y presentar una solicitud de permiso, con el fin de justificar su ausencia en las labores diarias, como cualquier otro empleado de la entidad.

En esa línea, se refirió en detalle a: **i)** los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral, **ii)** el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, **iii)** las reglas constitucionales de protección de la relación laboral de los servidores públicos, **iv)** las limitaciones constitucionales y legales a la utilización del contrato de prestación de servicios, **v)** la solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato administrativo y, **vi)** los efectos patrimoniales del

¹⁴ De manera precisa, en ese sentido se expuso que: “(...) la demandante ejerció funciones inherentes a la entidad, como lo es la Atención de todos los pacientes asignados a los servicios de terapia física, por un espacio de tiempo superior a los (6 años aprox.) y comprendidos entre el 01 de Junio de 2009 hasta el 30 de Septiembre de 2015 (...) es evidente que se trata del cumplimiento, en forma permanente, de funciones propias de la entidad que como tal, no podían ser ejercidas de manera autónoma e independiente por la contratista, sino que debían cumplirse con sujeción a los precisos términos indicados por la administración, bajo los parámetros, planes, programas y proyectos establecidos para el desarrollo del sector salud, atendiendo las actividades que de forma verbal y por escrito le eran asignadas por el Gerente y Sub-Gerente de la E.S.E., cumpliendo los horarios establecidos por la entidad, y utilizando para el desarrollo de las mismas, los bienes y elementos suministrados por el Hospital entre los que estaban: (Camillas, Espacios Médicos, Consultorios, Computador, Papelería, Sellos, **Insumos** y todo lo necesario para la atención de los pacientes dentro de su horario de trabajo)” (f. 658).

¹⁵ Refirió sobre ese particular, el artículo 7º del Decreto 1950 de 1973 y la Sentencia C-171 de 2012 proferida por la Corte Constitucional.

reconocimiento de la existencia de la relación laboral con fundamento en el principio de primacía de la realidad; e insistió que las actividades desarrolladas por la demandante, respondían al giro ordinario de la actividad de la accionada¹⁶. Lo anterior, en los términos de la jurisprudencia del Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo.

Para finalizar, dijo que la ESE Hospital Especial de Cubará no acreditó la existencia de cargos similares al ocupado por la hoy demandante en la planta de personal de la entidad para el desarrollo de las actividades contratadas y llamó la atención en que “estando prestando sus servicios directos, el Hospital decide después de tanto tiempo celebrar Contrato de Trabajo Término Fijo con la trabajadora para que continúe realizando las mismas tareas que venía realizando” (f. 668).

Pidió así, no pasar por alto que, por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, resultan aplicables los principios consagrados en el artículo 53 Superior, en defensa de las garantías de los trabajadores y solicitó la práctica de unas pruebas testimoniales en segunda instancia.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

4.1. Asunto previo: Del reconocimiento de personería jurídica al apoderado del extremo pasivo de la litis.

Obra a folio 700 c3 memorial poder otorgado por Ana Zuleyma Mendoza Niño al abogado Pablo Javier Mendoza Jaimes, para que represente a la ESE Hospital Especial de Cubará en el presente proceso.

Sin embargo, se observa que el mismo no cumple con los requisitos legales establecidos en los artículos 159 y 160 del CPACA, en tanto, no se encuentra acompañado de las certificaciones ni actos administrativos correspondientes a la posesión y nombramiento, que acrediten la debida representación.

Por lo anterior, **no se reconocerá personería** para actuar al abogado Pablo Javier Mendoza Jaimes.

¹⁶ Puntualmente en lo que a la atención básica de pacientes en los niveles I y II de la localidad se refiere.

4.2. Admisión del recurso de apelación:

El **3 de mayo de 2019**, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte actora y, se ordenó la notificación al Ministerio Público delegado ante ésta Corporación. (f. 680 c3).

4.3. De la solicitud probatoria en segunda instancia:

Como se anticipó, en el escrito contentivo del recurso de apelación la **parte demandante** solicitó el decreto y la práctica de pruebas testimoniales (f. 671 c3). Sin embargo, mediante auto de **18 de junio de 2019** aquellas fueron negadas, por considerar que la solicitud en si misma considerada, no respondía a las circunstancias excepcionales previstas por el legislador para su decreto (ff. 683 y 684 c3).

4.4. Alegatos de conclusión:

En auto de **29 de julio de 2019** (f. 687 c3), se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y correr traslado a las partes por el término de diez (10) días, con el propósito de que presentaran sus alegatos en forma escrita¹⁷.

4.4.1. Parte demandante (ff. 691 a 699 c3): Reprodujo íntegramente los argumentos esbozados en el recurso de apelación.

4.4.2. Parte demandada: Se advierte a folios 701 a 704 c3 escrito denominado "Alegatos de conclusión" (f. 701), suscrito por el profesional derecho Pablo Javier Mendoza Jaimes, "en calidad de apoderado de la **ESE HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA**". Sin embargo, los argumentos allí expuestos no serán atendidos, toda vez que, como se anticipó, carece de reconocerá **personería** para actuar en esta instancia.

4.4.3. Ministerio Público: No emitió concepto.

¹⁷ Esto, de conformidad con el numeral 4° del artículo 247 del CPACA.

V. CONSIDERACIONES.

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida el **4 de marzo de 2019** por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama.

5.1. De la competencia del juez de segunda instancia:

El artículo 328 del Código General del Proceso, prevé:

“(…) 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 (...)” - Negrilla fuera del texto original -.

De ese modo, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, tal como lo sostuvo la Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 23 de febrero de 2017, al señalar:

“(…) De acuerdo con el artículo 320 del Código General del Proceso, aplicable por expresa remisión del artículo 306 del CPACA, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida «...únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.». En consecuencia, el superior no puede pronunciarse sobre aspectos que no fueron objeto del mismo. Al respecto sostuvo esta Corporación en sentencia de 5 de julio de 2007¹⁸:

“Ahora, entrando al fondo del asunto, debe recordarse que esta Sección ha reiterado que en el recurso de apelación, cuya sustentación es obligatoria, so pena de declararse desierto, la competencia de la Corporación está restringida a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente contra la providencia objeto del recurso y que se

¹⁸ Consejo de Estado, sección Segunda, Subsección A, radicado interno No. 9708-2005, actor: Aura Isabel Rubio Morán, M.P. doctor: Jaime Moreno García.

relacionen, desde luego, con las causales de nulidad planteadas en la demanda, o con las consideraciones que sirvieron de sustento al Tribunal para dictar la sentencia. En consecuencia, la Sala estudiará los puntos sobre los cuales alegó la parte apelante en la sustentación del recurso, según se vio anteriormente”.

Esta limitación a la competencia del juez de segunda instancia ha sido entendida como garantía de la non reformatio in pejus, consagrada en el artículo 31 de la Constitución Política. Sobre este tópico se ha pronunciado la Sección Segunda del Consejo de Estado, a través de sus dos Subsecciones, en los siguientes términos:

“En primer lugar, la Sala advierte que se encuentra limitada para fallar sólo frente a los argumentos del recurso de apelación de la parte actora, en razón a que el poder del Juez Administrativo se restringe cuando es un apelante único el que impugna la decisión de primera instancia. El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, acoge el principio de la “reformatio in pejus”, según el cual el Juez de segunda instancia no puede hacer más gravosa la situación del recurrente, cuando éste ha sido el único que apela la decisión del inferior, puesto que evidentemente el recurso instaurado se debe entender interpuesto de manera exclusiva en el aspecto estrictamente desfavorable de la providencia”¹⁹.

“En consecuencia, como quiera que la actora fue apelante único, no resulta viable desmejorar su situación particular en virtud de la prohibición de la reformatio in pejus. Al respecto, la Sala observa que el artículo 164 del C.C.A. inciso final, consagra la prohibición de la reformatio in pejus, la cual a la postre tiene en el artículo 31 consagración constitucional. En efecto, en el artículo 164 del C.C.A., se preceptúa la posibilidad para el superior jerárquico de decidir sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada, pero a su turno, se preserva el reconocimiento efectuado en primera instancia cuando quien lo obtuvo actúe como apelante único, razón que por la cual puede afirmarse que se consagró la “prohibición” de la reformatio in pejus”²⁰ (...)”²¹ - Negrilla fuera del texto original -.

Así las cosas, la competencia del superior se rige por el principio de congruencia, en virtud del cual, el juez de segunda instancia debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente, so pena de desconocer el principio de contradicción. Tal conclusión, encuentra asidero en el principio de non reformatio in pejus el cual protege la situación **del apelante único** para que **no se haga más gravosa su situación.**

¹⁹ Sentencia de la Subsección A, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 28 de septiembre de 2006, M.P. Dra. Ana Margarita Olaya Forero, radicado interno número: 7966-2005, actor: Flor Ángela Pedraza Caballero y otra.

²⁰ Sentencia de la Subsección B, Sección Segunda del Consejo de Estado, de 29 de enero de 2006, M.P. Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado, radicado interno número: 0837-2004, actor: Héctor Solano Vargas.

²¹ Sentencia proferida en el proceso con radicación número 08001-23-33-000-2012-00087-01(2345-14) y ponencia del Consejero Doctor Gabriel Valbuena Hernández

5.2. De la inclusión de un argumento nuevo en el recurso de alzada.

Sostuvo la recurrente, que en el momento de su vinculación a la ESE Hospital Especial de Cubará, se encontraba cursando una especialización en Ejercicio Físico para la Salud en la ciudad de Bogotá, razón por la cual, cada mes debía diligenciar y presentar una solicitud de permiso, con el fin de justificar su ausencia en las labores diarias, como lo haría cualquier otro empleado de planta de la entidad²².

Sin embargo, revisado minuciosamente el libelo introductorio, no se advierte que la parte actora señalado este hecho ni lo que lo haya sustentado en la demanda; pues si bien, manifestó que “desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia a las que se sujetaría cualquier otro servidor público” (f. 5), lo cierto es que esta es una afirmación general, pero no atina en concreto al hecho esgrimido en la segunda instancia.

Así las cosas, la actora no puede introducir en esta instancia hechos que no fueron expuestos en la primera instancia y adicionarlos cuando ellos, ni siquiera fueron presentados al juez y, por consecuencia, tampoco pudieron ser objeto de análisis procesal, conforme al diseño procesal del caso.

Por lo anterior el Consejo de Estado ha precisado que, el juez de la segunda instancia al decidir la apelación, está sujeto a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada que debe estar en concordancia por lo decidido en la providencia que examina²³. Bajo ese entendido ha precisado esa Corpopración “(...) queda proscrita cualquier posibilidad de que la apelación plantee aspectos ajenos o carentes de identidad con el grupo de razones y fundamentos anteriormente señalados. El recurso que desconozca esta restricción, viola el deber de lealtad entre las partes, irrespeta el debido proceso y quebranta el derecho de defensa de aquéllas, bajo el marco trazado por quien en cada caso asuma la condición de opositora.”²⁴- Negrilla fuera de texto original -.

Por lo anterior, el cuestionamiento del recurso de apelación en lo relacionado con los permisos solicitados por la demandante para atender asuntos de carácter académico, no será estudiado por esta instancia.

²² Según se lee a folio 658 del cuaderno 3 del expediente.

²³ Sentencia de 7 de mayo de 2015, sentencia de 8 de junio de 2016, radicación 2006-00234, C.P. Dra. María Claudia Rojas Lasso.

²⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta. C.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. Sentencia de 14 de agosto de 2013. Radicación número: 73001-23-31-000-2006-01785-01(18580) Actor: CEMEX COLOMBIA S.A. Demandado: MUNICIPIO DE SAN LUIS

5.3. Del tema de la apelación:

En los términos que motivan la alzada, corresponde a la Sala establecer si entre Rosa Yasmín Ayala Ramón y la ESE Hospital Especial de Cubará, existió una verdadera relación laboral encubierta bajo la modalidad de orden de prestación de servicios, en el tiempo en que aquella estuvo vinculada como Fisioterapeuta. En caso afirmativo, procederá dilucidar, si tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el glosado lapso.

5.4. Del contrato de prestación de servicios:

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁵, contempla el contrato de prestación de servicios como aquel acto jurídico que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, en los eventos en que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Sus características han sido precisadas por el Órgano de Cierre en materia de lo Contencioso Administrativo²⁶, así:

“(...) - El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.

- *El objeto contractual lo conforma la **realización temporal** de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.*
- *La **autonomía e independencia** del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el **elemento esencial del contrato**.*
- *El contratista dispone de **amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual**, delimitada por el plazo y la realización de la labor.*

²⁵ **Artículo 32. De los Contratos Estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

(...) 3o. Contrato de prestación de servicios

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable (...) - Negrilla fuera del texto original -.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección “A”. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03151-01(1043-08). Demandante: María Eugenia Lucena Luna. Demandado: Municipio de El Playón Santander. Sentencia de 21 de octubre de 2011.

- **La vigencia del contrato es temporal.** Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.
- **La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica** - Negrilla fuera del texto original -.

En efecto, una nota distintiva del contrato de prestación de servicios, es que constituye un instrumento para atender funciones ocasionales que no forman parte de las labores asignadas a la entidad, o que no pueden ser atendidas por los empleados de planta.

Es así, como el último inciso del artículo 2º del Decreto No. 2400 de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”²⁷, prohíbe la celebración de esta clase de contratos para el desempeño de **funciones permanentes** y ordena la creación de cargos en tales eventos²⁸. Esta restricción, en voces de la Corte Constitucional, se adecua a los principios inspiradores de la Carta Política, como medida de protección de la relación laboral y herramienta para evitar la desnaturalización de la contratación estatal, al preservar el **empleo como la forma general y natural de ejercer funciones públicas**²⁹.

5.5. Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral:

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contempló que en ningún caso el contrato de prestación de servicios genera el pago de prestaciones sociales. Sin embargo, se ha considerado que ésta **no** es una presunción de *iure* que no admita prueba en contrario, pues antes bien, faculta al afectado a demandar por vía judicial el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones a que haya lugar³⁰.

Para examinar este aspecto - en consonancia con la evolución jurisprudencial sobre la materia y con el objeto de estimarlo con precisión para el caso concreto -, acude la Sala a la sentencia proferida el **29 de enero de 2015** por el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset

²⁷ Modificado y adicionado por el Decreto 3074 de 1968.

²⁸ Esta disposición fue declarada exequible por la sentencia C-614 de 2009, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

²⁹ *Ibidem*

³⁰ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00588-01(2487-13). Actor: Leonardo Díaz Barragán. Demandado: Departamento Administrativo De Seguridad – DAS. Sentencia de 12 de mayo de 2014. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

7/4

Ibarra Vélez dentro del proceso con número de radicación 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13); en la que se expuso:

*“(...) El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, **siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente.***

*Esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005, proferido dentro del expediente No. 0245, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, **ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, como son la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.***

*Así las cosas, **se concluye que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales. (...)**³¹ - Negrilla fuera del texto original -.*

En esa línea, la misma Sección en su Subsección “A”, en sentencia proferida **19 de enero de 2015** con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren dentro del proceso radicado bajo el número 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13), promovido por Esteban Paternostro Andrade contra el SENA, adujo lo siguiente:

*“(...) Por su parte, esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, **se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.***

Tal posición se opone a la expuesta en anterior jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación.

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones

³¹ Promovido por Olga Liliana Gutiérrez Galvis contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación y otro.

de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

A contrario, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; se le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque, si contrata por prestación de servicios, personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.

(...) Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.” - Negrilla fuera del texto original -

Así las cosas, se colige que el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral (previsto en el artículo 53 Superior³²); opera en los eventos en que la administración celebra un contrato de

³² Artículo 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.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

prestación de servicios para el ejercicio de funciones propias de un empleado público. En esa medida, no interesa la denominación que se le haya dado al vínculo, sino los hechos que materialmente determinan la realización de las actividades contratadas.

Recuérdese que, la protección especial que otorga el Constituyente al trabajo, como: **i) valor fundante del Estado Social de Derecho, ii) principio rector del ordenamiento jurídico y, iii) derecho y deber social**; trae como consecuencia que a pesar que el legislador goce de una amplia libertad de configuración para regular las diferentes tipos de vinculación laboral y diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, **no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo, para ocultar la realidad de los vínculos laborales y desconocer las garantías laborales consagradas en la Carta Política**. De ese modo, las Altas Cortes han propendido por la salvaguarda de las garantías laborales, al evitar la suplantación de un verdadero contrato laboral.

Por tal razón, no obstante aparecer determinado vínculo formalmente como un contrato estatal, se debe declarar la existencia de una verdadera relación laboral, siempre que en la ejecución contractual se configuren sus elementos esenciales, a saber: **i) que la actividad se realice de forma personal, ii) bajo el cumplimiento de órdenes en cualquier momento respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y iii) se reciba como contraprestación, una remuneración o pago**.

Ahora bien, una de las características de este vínculo - laboral -, es que el servicio contratado sea inherente a la entidad y de carácter permanente. Para establecer lo anterior, es posible acudir a los siguientes criterios³³:

- a. Criterio funcional:** Hace referencia a que la función contratada se encuentra relacionada con las que se deben adelantar en la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución.
- b. Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en la planta de personal de la entidad.
- c. Criterio temporal:** Está relacionado con que las funciones contratadas son cotidianas y conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

³³ Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

frecuente de la labor, "...o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral"³⁴.

- d. Criterio de excepcionalidad:** Si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades transitorias, corresponde a un contrato de prestación de servicios.
- e. Criterio de continuidad:** Hace referencia a si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.

Tales parámetros permiten determinar las características del vínculo y; pueden presentarse uno o varios, sin que sea necesaria la concurrencia de todos.

En ese sentido, en sentencia proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez el **17 de noviembre de 2016**³⁵, al analizar las pruebas frente al caso concreto, se determinó el **carácter permanente de la actividad**, en los siguientes términos:

"(...) En el caso concreto, se desvirtuó el carácter temporal de la labor contratada al probarse 1) El criterio funcional, porque la función contratada -de escolta- está referida a las que debía adelantar la entidad pública como propia u ordinaria. 2) No hay temporalidad y excepcionalidad de la labor desarrollada por el actor, porque se trató de una vinculación que sin solución de continuidad se extendió por un poco más de 4 años con la misma persona y con el mismo objeto. 3) El criterio de la continuidad, porque la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, de carácter permanente". - Subraya fuera del texto original -.

A su turno, las decisiones de los Órganos de Cierre en materia Constitucional³⁶ y Contencioso Administrativa³⁷, han sido consistentes en destacar que la **subordinación** es uno de los elementos más importantes para desentrañar de un contrato estatal una relación de índole laboral. Lo anterior, por cuanto, esta se refleja

³⁴ *Ibidem*

³⁵ En el proceso radicado bajo el No. 68001233300020120039901(1333-2014) promovido por Juan Fernando Muñoz Pimiento contra el DAS.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

³⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B" Expediente: 25000-23-25-000-2003-00839-011165-2010. Actor: Roberto Alfonso Chaves Vargas. Demandado: Municipio de Fusagasugá.

en la potestad del empleador de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, ejercer poderes disciplinarios o exigir la realización de ciertas actividades, más allá de la simple coordinación.

Téngase en cuenta en este punto, que la coordinación de actividades requerida para desarrollar de forma adecuada el objeto del contrato de prestación de servicios, implica la sujeción del contratista a ciertas condiciones para su cumplimiento, **pero no debe avanzar a una relación de poder y sujeción entre las partes**, la cual está descartada en estos eventos.

Esta figura, es consecuencia de la obligación de las entidades públicas de **vigilar** de forma permanente la correcta ejecución de los contratos estatales, en tanto, están involucrados: **i)** recursos públicos, **ii)** el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, **iii)** la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y, **iv)** la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Por tal razón, en este ámbito el contratante está facultado para **supervisar, establecer parámetros, instrucciones o condiciones**, con el objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio contratado.

Resulta razonable entonces, que la Ley 80 de 1993 establezca como deberes de los contratistas la colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla, así como el acatamiento de "(...) las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan (...)"³⁸. Si la entidad contratante excede los glosados límites, de tal forma que el contratista queda sujeto a su mando, la coordinación de actividades claramente se desnaturaliza.

Por último, deviene relevante destacar que el reconocimiento de la relación laboral no confiere a quien demanda la condición de empleado público, en tanto ello exige el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas para el acceso a los cargos públicos.

5.6. De la carga de la prueba de la subordinación laboral:

En casos como el que ocupa ahora la atención de la Sala, para demostrar la relación laboral se requiere que el demandante otorgue elementos de juicio suficientes, a efectos de **i)** desvirtuar la naturaleza contractual en el ámbito de la normativa vigente

³⁸ Artículo 5, numeral 2º

en materia de contratación de la administración pública y, **ii) determinar la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración.**

Sobre ese particular, la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia proferida el **08 de junio de 2017** con ponencia de la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, dentro del proceso radicado bajo el número 05001-23-31-000-2011-01141-01(3604-15), expuso:

"(...) Dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos- entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que "... el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice."

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicio, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre este tipo o modalidad de contrato estatal recae (...)

En este orden de ideas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de una relación laboral debe encontrar un sustento claro y preciso en la actividad probatoria que la parte demandante dirija a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida, es decir, probando que el contratista careció de autonomía e independencia en desarrollo del objeto contractual (...)"³⁹ - Subrayado fuera del texto original -

Asimismo, en sentencia de **12 de julio de 2018** proferida dentro del proceso con radicación No. 47001-23-33-000-2014-90009-01(5100-16) con ponencia del Consejero Rafael Francisco Suárez Vargas, la Subsección "A" de la misma Sección, indicó:

³⁹ Promovido por Sergin Alexander Giraldo Ortiz contra el Departamento Administrativo de Seguridad.

7/7

“(…) De conformidad con las nítidas voces de las normas previamente señaladas, esta Corporación ha protegido el derecho al trabajo y ha tutelado los derechos de quienes han sido vinculados a través de contratos de prestación de servicios con el fin de desnaturalizar la relación laboral. **Dentro de este contexto, se concluye que: i) a trabajo igual salario igual, ii) la relación laboral se estructura con los 3 elementos relacionados (prestación personal, subordinación o dependencia y remuneración); iii) es válido suscribir contratos de prestación de servicios porque así lo autoriza el artículo 32, numeral 3.º de la Ley 80 de 1993, norma que fue declarada executable en la sentencia C-154 de 1997; y, iv) a pesar de lo expuesto, estos contratos deben celebrarse dentro del término estrictamente necesario, dada su naturaleza temporal, pues si la administración desborda tales presupuestos se estructura el denominado «contrato realidad» (...)**

Adicional a lo anterior, también se puede concluir que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y/o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta. **En ambos casos no se admiten los elementos de subordinación ni de dependencia por parte del contratista, y se deben celebrar por el término estrictamente indispensable.**

Así las cosas, para demostrar la desnaturalización del contrato de prestación de servicios, **la parte demandante debe comprobar la actividad personal, la permanencia, la continua subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por la duración del contrato; y una retribución del servicio (...)**” - Negrilla fuera del texto original -.

En esas condiciones, se concluye que cuando se discute una relación laboral en virtud de un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, **la ventaja probatoria que subyace a la presunción la estableció el legislador a favor del contratante**, y no como ocurre en el Código Sustantivo del Trabajo en el que, quien presta un servicio personal no está obligado a probar que lo hizo bajo la continuada subordinación o dependencia. Es así, que quien pretenda 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 trabajo⁴⁰.

⁴⁰ En ese sentido, en providencia del 15 de septiembre de 2016, con ponencia del Consejero Gabriel Valbuena Hernández y radicación 68009-23-31-000-2009-00691-01 (1579-15), el Consejo de Estado sostuvo lo siguiente: “(…) Por todo lo anterior, es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo «onus probandi incumbit actori», dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Francisco de Paula Santander; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba

Téngase en cuenta, además, que el artículo 88 del CPACA también consagró la **presunción de legalidad** de los actos administrativos que niegan el reconocimiento de la relación laboral, **de manera que a quien demanda, le corresponde probar sus elementos.**

5.7. Del contrato de prestación de servicios en el sector salud:

De conformidad con la evolución jurisprudencial citada, es necesario precisar que en caso de quienes prestan servicios en el sector salud, la procedencia de la suscripción de contratos de prestación de servicios resulta viable, siempre que la actividad no pueda ser realizada por el personal de la planta o se requieran servicios especializados. De ese modo, si se configuran los elementos esenciales del vínculo laboral, el mismo debe declararse, por lo cual, resulta forzoso estudiar en cada caso la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, a efectos de evitar la adopción de conceptos restrictivos que homogenicen todas las causas y desconozcan los principios del Estado Social de Derecho.

Sobre el particular, la Subsección "A" de la Sección Segunda del Consejo de Estado con ponencia del Consejero Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en sentencia proferida el **9 de abril de 2014**⁴¹, dijo:

"(...) Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de órdenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aún los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso." (Resaltado ajeno al texto original).

la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala confirmar la sentencia apelada en cuanto el a quo negó el petitum de la demanda, por las razones expuestas (...)"

⁴¹ En el proceso radicado bajo el número 25000-23-25-000-2008-00250-02(0171-12) promovido por Sara Hernández Sánchez contra la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación

Así las cosas, la especialidad de los servicios de salud no excluye por sí sola la posibilidad de la configuración de una verdadera relación laboral, máxime cuando su prestación está a cargo del Estado (Art. 49 CP.).

5.8. De las cooperativas de trabajo asociado y la intermediación laboral:

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 79 de 1988⁴² y el Decreto 4588 de 2006⁴³, las Cooperativas de Trabajo Asociado son aquellas organizaciones sin ánimo de lucro que pertenecen al sector de la economía solidaria y vinculan el trabajo personal de sus asociados, quienes: **i)** son gestores, **ii)** contribuyen económicamente a la cooperativa y, **iii)** aportan directamente su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con la finalidad de producir en común bienes, prestar servicios o ejecutar obras para satisfacer las necesidades de los asociados y de la comunidad en general. De ese modo, han sido definidas por el legislador, como "(...) aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios (...) "⁴⁴.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-211 de 2000, señaló que "(...) las características más relevantes de estas cooperativas son éstas: - La **asociación** es voluntaria y libre; se rigen por el principio de igualdad de los asociados; no existe ánimo de lucro; la organización es democrática; **el trabajo de los asociados es su base fundamental**; desarrolla actividades económicas sociales; hay solidaridad en la **compensación o retribución**; existe autonomía empresarial "⁴⁵.- Negrilla fuera del texto original -. Así pues, el principal aporte de los asociados en esta clase de organizaciones es su trabajo y, la retribución que reciben por el mismo no es salario sino una compensación que se fija teniendo en cuenta la función que cumplen, la especialidad, el rendimiento y, la cantidad y calidad del trabajo aportado; a lo que se suma el derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa.

Salta a la vista entonces, la necesidad de que exista un **acuerdo cooperativo previo**, es decir, un contrato celebrado por un número determinado de personas, con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro. Por esta razón, han de precisarse como **trascendentales**, en casos como el que ocupa ahora la atención de la Sala, **dos elementos: 1. La prueba de la**

⁴² «por el cual se actualiza la legislación cooperativa».

⁴³ «Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado».

⁴⁴ art. 70 Ley 79/88.

⁴⁵ Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

asociación del cooperado; 2. La inexistencia de relación laboral entre el cooperado y la cooperativa dado que se trata de un asociado que es, en realidad un dueño más de la cooperativa y por ello recibe una compensación o retribución.

Ahora, el Decreto 4588 de 2006, “por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado”, dispuso en sus artículos 16 y 17, lo siguiente:

“(…) **ARTÍCULO 16. DESNATURALIZACIÓN DEL TRABAJO ASOCIADO.** El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo.

ARTÍCULO 17º: PROHIBICIÓN PARA ACTUAR COMO INTERMEDIARIO O EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado **no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes.**

Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado (...).” -Subrayado fuera de texto -.

Ulteriormente, la Ley 1233 de 2008⁴⁶, reiteró las prohibiciones allí contenidas y, dispuso:

“(…) **ARTÍCULO 12. OBJETO SOCIAL DE LAS COOPERATIVAS Y PRECOOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO.**

(...)

PARÁGRAFO. Las Cooperativas de Trabajo Asociado cuya actividad sea la **prestación de servicio a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada, y educación, deberán ser especializadas en la respectiva rama de la actividad; en consecuencia, las cooperativas que actualmente presten estos servicios en concurrencia con otro u otros deberán desmontarlos, especializarse y registrarse en la respectiva superintendencia o entidad que regula la actividad.” - Negrilla fuera de texto -.**

⁴⁶ “Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones.”

En consecuencia, si bien las cooperativas de trabajo asociado pueden especializarse incluso en la prestación de servicios de salud, lo cierto es que **les está prohibido tercerizar o intermediar la relación laboral** destinando a sus asociados a la prestación de servicios permanentes a entidades públicas o privadas. El trabajo asociado no puede ser utilizado indebidamente para desconocer o eludir las obligaciones de estirpe laboral con los trabajadores dependientes o subordinados.

5.8.1. De la prueba de la intermediación laboral:

Cuando se alega la existencia de intermediación laboral o tercerización, resulta necesario, conforme lo ha señalado la jurisprudencia, **aportar los respectivos convenios suscritos entre el asociado y la cooperativa de trabajo asociado**, y, entre ésta y la entidad beneficiaria.

Así lo sostuvo la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el **15 de junio de 2017** dentro del expediente con radicación No. 76001-23-31-000-2011-00898-01(3186-15) y ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, al señalar que:

"(...) De acuerdo con las pruebas documentales relacionadas en precedencia, observa la Sala que no es posible establecer la existencia de los convenios de asociación que dice haber celebrado el demandante con una cooperativa de trabajo asociado y a través del cual, se pretendía encubrir una verdadera relación de carácter laboral, toda vez que, lo allegado al plenario son las sentencia proferidas por parte de la jurisdicción ordinaria laboral que definieron la controversia reclamatoria del actor tendiente a la declaratoria de la relación laboral y el consecuente reconocimiento de las prestaciones sociales, las cuales fueron denegadas por haber operado el fenómeno extintivo de la prescripción trienal.

(...)

Pues bien, en ese sentido, el primer supuesto llamado a ser probado para el demandante, es la calidad de afiliado a las Cooperativas de Trabajo Asociado, para lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006⁴⁷, debió suscribir con el ente cooperativo un Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado, prueba documental ausente en el proceso, como quiera que no obra respecto de alguna organización cooperativa los aludidos contratos celebrados por el demandante y con los cuales, se acreditaría su condición de cooperado (...)"
(Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, en sentencia proferida el **19 de julio de 2017** dentro del proceso con radicación No. 63000-23-33-000-2014-00139-01 (1771-15), la Alta Corporación con ponencia de la misma Consejera, indicó:

⁴⁷ por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

“(...) Ahora bien, respecto de las pruebas sobre el vínculo sostenido con las múltiples cooperativas de trabajo asociado desde junio de 2003 hasta septiembre de 2011, obran en el plenario los siguientes documentos:

(...) Pretende demostrar la demandante que la naturaleza de la relación existente entre los distintos entes cooperativos con los cuales estuvo asociada y ella, no se fundó en una verdadera relación cooperativa, sino que dicho medio fue utilizado para encubrir una relación de carácter laboral con la ESE Redsalud Armenia, llevando a cabo la actora la prestación de sus servicios de auxiliar de enfermería en favor de la referida entidad hospitalaria.

De acuerdo con las pruebas documentales relacionadas en precedencia, observa la Sala que si bien la actividad ejecutada por la señora María de Jesús Lucía Céspedes Becerra fue la de auxiliar de enfermería, lo que permitiría en principio suponer que es una de las funciones del giro ordinario de la ESE Redsalud, también lo es que, las Cooperativas de Trabajo Asociado estaban habilitadas legalmente⁴⁸ para llevar a cabo la prestación de servicios a los sectores de salud, transporte, vigilancia y seguridad privada y educación, de tal manera que, se requería que dichos entes cooperativos fueran especializados en la respectiva rama de la actividad para que pudiesen generar la prestación de tales servicios.

En ese sentido, el primer supuesto llamado a ser probado para la demandante, es el contrato suscrito entre la ESE Redsalud y las diversas cooperativas de trabajo asociado, para demostrar que dicha entidad tercerizó las labores de la actora a través de estas entidades.

*(...) Por otra parte, en cuanto a la vinculación con las múltiples Cooperativas de Trabajo Asociado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006⁴⁹, **debió suscribir con cada uno de los referidos entes cooperativos un Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado, prueba documental que solo se allegó respecto de la Cooperativa de Trabajo Asociado Coosaquin, con vigencia del 1º al 31 de mayo de 2010⁵⁰** (...)” - Negrilla fuera del texto original -.*

Y, en sentencia de **12 de diciembre de 2017** proferida dentro del expediente con radicación No. 76001-23-31-000-2011-00824-01(1192-16), explicó:

*“(...) En el caso sub-judice quedó evidenciado que la Señora Ana Lucía Acosta Quiroz se asoció a dos (2) cooperativas, Cooperativa de Servicios Integrados CONSENTIR CTA, y la Cooperativa de Trabajo Asociado Solidez, bajo su condición profesional de enfermera; sin embargo, es carente el proceso de pruebas documentales que acrediten no solo la relación jurídica sustancial que la actora afirmó haber sostenido con la E.S.E. Antonio Nariño; **sino también, la existencia de vínculo contractual entre la E.S.E. Antonio Nariño y las pluricitadas Cooperativas de Trabajo Asociados, con las cuales la demandante se hizo asociada, de tal manera que, conforme lo estatuido en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (vigente al momento de presentación de la demanda) y el artículo 167 del Código General del Proceso, le incumbía a la Señora Ana Lucía Acosta demostrar ambos***

⁴⁸ Ver artículo 5 y párrafo del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006.

⁴⁹ Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

⁵⁰ Folio 67 cuaderno 2.

supuestos como quiera que, sobre ellos edificó el presente asunto (...)” - Negrilla fuera de texto -.

En las anteriores condiciones, es claro que la finalidad con la que se creó este tipo de asociaciones se desnaturaliza cuando, a través del funcionamiento de una cooperativa de trabajo asociado, se encubre el desarrollo de relaciones de labor dependiente, es decir, cuando el cooperado presta sus servicios con el fin de atender funciones propias de un tercero beneficiario bajo los tres elementos del contrato de trabajo.

5.9. Del caso concreto:

5.9.1. De los efectos de la falta de contestación de la demanda por parte de la ESE Hospital Especial de Cubará.

Razona la recurrente, que el a quo omitió dar aplicación al **artículo 97 del Código General del Proceso**, según el cual, la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la misma, lleva a presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión, allí contenidos.

Sea lo primero señalar, que en materia contencioso administrativa, **la contestación de la demanda se configura como una prerrogativa en favor del demandado** para ejercer su derecho de defensa, controvertir lo que contra él se aduce, pedir pruebas y plantear todas las excepciones que considere pertinentes. Es así que, al referirse a dicho momento procesal, el artículo 175 del CPACA establece que “(...) durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá (...)” - Negrilla fuera del texto original -

Empero, si bien el artículo en comento le otorga un **carácter facultativo** a dicha actuación, lo cierto es que la misma reviste gran importancia dentro del proceso, en tanto, es la oportunidad con que cuenta la entidad pública para solicitar pruebas y oponerse a las pretensiones del actor, en beneficio de la legalidad de la actuación del Estado y la protección del erario público. La omisión de este acto procesal entonces, deja sin defensa los intereses del Estado.

Ahora, el artículo 97 del Código General del Proceso, aplicable a estos asuntos por remisión expresa del artículo 306 del C.P.A.C.A.⁵¹, reza:

⁵¹ “Artículo 306. Aspectos no regulados. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

“(...) ARTÍCULO 97. FALTA DE CONTESTACIÓN O CONTESTACIÓN DEFICIENTE DE LA DEMANDA. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto.

Contempla entonces, una consecuencia adversa para la accionada, en caso de que no conteste la demanda, consistente en **tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión**.

A su turno, el artículo **217 del C.P.A.C.A.**, establece:

“(...) Artículo 217. Declaración de representantes de las entidades públicas. No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas (...)”

En esos términos, se colige sin hesitación alguna, que **en asuntos contencioso administrativos carece de valor la confesión de los representantes de las entidades públicas**, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas. Ello excluye de manera lógica, en criterio de la Sala, que su silencio en los procesos que se ventilen ante ésta Jurisdicción, haga presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda.

Sobre el particular, la Sección Segunda, Subsección ‘A’ del Consejo de Estado, en sentencia de **17 de noviembre de 2016**⁵², con ponencia del Consejero William Hernández Gómez, expuso:

“(...) ¿La falta de contestación por parte del municipio de Sabanagrande puede considerarse como una confesión de las pretensiones de la demanda?”

El Código Contencioso Administrativo en el artículo 144 dispone que: «Durante el término de fijación en lista el demandado podrá contestar la demanda mediante escrito que contendrá: [...]», entre otras, una exposición detallada sobre los hechos de la demanda, razones de la defensa, y todas las excepciones que se invoquen contra las pretensiones del demandante, las cuales se decidirán en la sentencia.

En efecto, si bien el artículo en cita le otorga un carácter facultativo a esta actuación, lo cierto es que la misma reviste gran importancia dentro del proceso, dado que es la oportunidad con que cuenta la entidad pública para solicitar pruebas y oponerse a las pretensiones del actor, en beneficio de la legalidad de la actuación del Estado y la protección del presupuesto público, que se vería afectado con la imposición de una sentencia condenatoria.

⁵² Proferida dentro del proceso con radicación número 08001-23-31-000-2012-00244-01(1381-15), Actor: Gonzalo de Jesús Acendra Acendra, Demandado: Municipio de Sabanagrande - Atlántico.

Ahora, en relación con la falta de contestación por parte de la entidad demandada, nada menciona el Código Contencioso Administrativo, razón por la que el demandante estima que por remisión expresa del artículo 267 del CCA, se debe dar aplicación al artículo 95⁵³ del CPC en armonía con el artículo 97 del CGP que dispone: «La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto. [...]»

Entendida la confesión según Jairo Parra Quijano como: «[...] la declaración que hace una parte sobre los hechos propios, o el conocimiento que tiene de hechos ajenos, y que le perjudican o favorecen a la contraparte.»⁵⁴

Al respecto, la Subsección considera que dicha normativa no es aplicable a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque en atención a su naturaleza lo que se discute es la legalidad de un acto administrativo, de acuerdo con la cual, quien pretenda desvirtuarla tiene la carga de demostrar los vicios de nulidad que alega, para así obtener el respectivo restablecimiento del derecho. Adicionalmente, tampoco procederá, en los términos del artículo 195 del CGP⁵⁵, ya que expresamente está prohibida la confesión de los representantes legales de entidades públicas y siendo ello así, no resulta viable, interpretar el silencio de la administración frente a la demanda, como una aceptación de responsabilidad sobre los hechos, pretensiones y vicios de nulidad relacionados en ella (...)” - Negrilla fuera del texto original -.

En esas condiciones, discurre la Sala que, en el sub lite **no se presentó confesión por parte de la ESE Hospital Especial de Cubará con ocasión de su omisión en contestar la demanda**; pues como ya se señaló, en tratándose de los representantes de las entidades públicas, no hay lugar a aplicar la figura procesal que pretende el apoderado de la recurrente⁵⁶, máxime cuando lo que se busca, es a simple vista, suplir y excusar su inactividad probatoria respecto de la demostración de los hechos en que fundamenta sus pretensiones, esto, puntualmente, en lo que a la concurrencia de los elementos propios de la relación laboral. No resulta procedente para este fallador, dado su carácter sancionatorio, hacer extensiva por analogía dicha

⁵³ **ARTÍCULO 95.** Falta de contestación de la demanda. La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto. (Derogado por el Código General del Proceso a partir del 1º de enero de 2014).

⁵⁴ PARRA, Quijano Jairo. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO: La prueba en los procedimientos: civil, penal (ordinario y militar), laboral, canónico, contencioso-administrativo y en el derecho comparado. Decimotava edición. Bogotá, Colombia: LIBRERÍA EDICIONES DEL PROFESIONAL LTDA. Pág. 382-493.

⁵⁵ «Artículo 195. Declaraciones de los representantes de personas jurídicas de derecho público. No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas. [...]»

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: César Palomino Cortés, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018), Radicación número: 11001-03-25-000-2011-00166-00(0579-11).

consecuencia adversa a un acto procesal que no guarda identidad con la premisa normativa.

Pero, aún más, no resulta viable derivar de su omisión en contestar la demanda o de cualquier otra de sus intervenciones a lo largo del proceso, hechos que le produzcan consecuencias jurídicas adversas o favorables a la parte demandante, pues constituye criterio legal y jurisprudencial pacífico, que **la carga de la prueba frente a cada una de las afirmaciones del libelo demandatorio recae en la parte actora, como la más interesada en sacar adelante sus pretensiones**⁵⁷. Aserto que adquiere mayor firmeza, si se tiene en cuenta que la aplicación de dichas consecuencias en el caso de autos, implicaría sacrificar la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos, de acuerdo con la cual, quien pretenda desvirtuarla, tiene la carga de probar los vicios de nulidad que afectan el acto.

En esas condiciones, discurre la Sala que como consecuencia de la falta de contestación de la demanda por parte de la ESE Hospital Especial de Cubará, no pueden darse por probados de forma automática los cargos de nulidad invocados, puesto que, esa circunstancia debe valorarse en conjunto con las demás pruebas obrantes en el expediente.

De igual forma, no se encuentra de recibo el argumento de la recurrente, según el cual, el funcionario judicial de primer grado omitió trasladar a la demandante la carga dinámica de la prueba, “para obligarlo (Sic) a debatir sus propios hechos pese a que estos ya se habían tomado como ciertos por la omisión legal dentro del proceso” (f. 656), pues en línea con lo previamente expuesto, aún de considerarse que alguna consecuencia negativa podría estar llamada a desprenderse de la falta de contestación de la demanda por parte del representante de una entidad pública, lo cierto es que **en ningún caso tal inactividad podría facultar al demandante para desatender el deber procesal que le asiste o, en otras palabras, para relevar automática e injustificadamente la carga de la prueba que le corresponde.**

Lo anterior fue explicado con amplitud en el numeral 5.6. de esta providencia, tema en el que ha sido constante y pacífica la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Además, se dirá que, en sentencias proferidas el 17 de mayo de 2018, Exp. 20718, C.P. Stella Jeannette Carvajal Basto, que reitera la del 27 de mayo de 2010, Exp. 17324, C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia se destacó, que la falta de

⁵⁷ Artículo 167 CGP.

intervención del demandado no puede entenderse como allanamiento a las pretensiones, pues es ineficaz, por tratarse de una "entidad pública", téngase en cuenta que el allanamiento a la demanda, como lo pregonan el artículo 98 del CGP, tratándose de una entidad pública, tendría que provenir del representante legal.

Entonces, no sólo por la clara carga probatoria que corresponde al demandante, sino también por las razones legales y jurisprudenciales acabadas de reseñar, resulta para este caso improcedente considerar la presunción de que trata el artículo 97 del CGP, como lo considera la recurrente.

5.9.2. De la prueba aportada y su análisis:

Precisado lo anterior, tal como quedó reseñado en los antecedentes, la razón sustancial del recurso, radica en que la actora considera que en el proceso fue demostrada la subordinación que el a-quo echó de menos, al igual que los demás elementos que configuraron una relación laboral entre la demandada y la demandante entre **1° de junio de 2009 y el 30 de septiembre de 2015**.

Sobre el particular, obran en el plenario los actos demandados y las siguientes pruebas relevantes:

- ♣ *Copia de los requerimientos efectuados por el Gerente de la ESE demandada a la Fisioterapeuta Ayala Ramón, para hacer parte de los Comités de Historias Clínicas (f. 42).*
- ♣ *Actas de reunión del periódico interno de la ESE demandada suscritas, entre otros profesionales, por la hoy demandante así:*
 - ✓ *El 07 de octubre de 2009: "En el mes de Octubre del año 2009 se diseña el periódico interno para el Hospital Especial de Cubará, manejando temas alusivos al mes de las brujas y dando a conocer la reseña historia del centro de recuperación y dando reconocimiento a los cumpleaños del mes de Octubre (...)" (f. 43).*
 - ✓ *El 12 de octubre de 2009: "En el mes de Noviembre del año 2009 se diseña el periódico interno para el Hospital Especial de Cubará, manejando temas alusivos al mes de Higiene oral y al área de Hospitalización. Se da reconocimiento a los cumpleaños del mes de Noviembre (...)" (f. 44)*
 - ✓ *En diciembre de 2009: "(...) se diseña el periódico interno para el Hospital Especial de Cubará, manejando temas alusivos al servicio de fisioterapia. Se da*

- reconocimiento a los cumpleaños del mes de Diciembre y al día del médico (...)*
(f. 45).
- ✓ *El 12 de febrero de 2010: “(...) se diseña el periódico interno para el Hospital Especial de Cubará, enfocado a la Emergencia social de salud en Colombia (...)*
(f. 47).
 - ✓ *El 07 de julio de 2010: “Se diseña el periódico para el Hospital Especial de Cubará, enfocado a la reflexión para el mejoramiento personal y laboral, también se dan diez recomendaciones para las personas interesadas en realizarse procedimientos quirúrgicos con fines estéticos (...)*” (f. 49).
 - ✓ *El 20 de agosto de 2010: “Se diseña el periódico para el Hospital Especial de Cubará, con un enfoque sobre el tabaquismo (...)*” (f. 50).
 - ✓ *El 24 de febrero de 2011: “Se diseña el periódico para el hospital Especial de Cubará, se habla sobre efectos del celular en el cerebro y último tratamiento para el cáncer (...)*” (f. 51).
 - ✓ *El 05 de abril de 2011: “Se diseña el periódico para el hospital Especial de Cubará alusivo al mes de los niños y se felicita a los cumpleaños del mes de abril (...)*” (f. 52).
- ♣ *Certificación expedida el 30 de diciembre de 2009 por el Subgerente de la ESE Hospital Especial de Cubará, en la que se señala que la hoy demandante prestó sus servicios en favor de la institución como fisioterapeuta “observando excelente desempeño, responsabilidad y diligencia en sus labores, ganándose el aprecio de sus compañeros y de la comunidad en general”* (f. 46).
 - ♣ *Solicitud de elementos e insumos, presentada por la hoy demandante al Asesor Administrativo de la ESE Hospital Especial de Cubará* (f. 48).
 - ♣ *Copia de las actas de las reuniones del Comité de Bienestar Social de la ESE demandada, a las que asistió Rosa Yasmín Ayala Ramón que, fundamentalmente, tenían por objeto, la programación de actividades sociales al interior de la ESE, tales como celebración de cumpleaños y baby showers.* (ff. 53 a 57 y 60 a 71).
 - ♣ *Carátulas de los documentos denominados “LINEAMIENTOS DE BIOSEGURIDAD: RIESGO BIOLÓGICO DE FISIOTERAPIA E.S.E. HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA”* (f. 73) y *“MANUAL DE EVENTOS ADVERSOS TERAPIA FÍSICA E.S.E. HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA”* (f. 74), elaborados por la hoy demandante, y revisados por el Gerente de la empresa.

723

- ♣ Copia del carnet que acredita a la demandante como fisioterapeuta del Hospital Especial de Cubará, para los años 2012⁵⁸ y 2015⁵⁹ (ff. 82 y 83).
- ♣ Copia del formato único de hoja de vida de la hoy demandante (ff. 376 a 379), suscrita por la ahora demandante, en la que relaciona la siguiente experiencia laboral para el interregno que interesa a este proceso:
 - ✓ COOPTRAINCOL LTDA: 11/05/2009 a 31/12/2011⁶⁰.
 - ✓ COLPATRIA ARP: 01/02/2010 a 30/03/2012⁶¹
 - ✓ GRUPO PROSPERAR TEMPORAL S.A.: 01/01/2012 a 30/03/12.
 - ✓ LABOR PROFESIONAL: 01/04/2012 a 31/12/2013
 - ✓ ASOTRASACOL S.A.S.: 01/01/2012 a 30/03/2012
- ♣ **Contrato de Prestación de Servicios No. 005 de 03 de enero de 2011, celebrado entre Cooptraincol Ltda. en calidad de contratista, y la ESE Hospital Especial de Cubará como contratante** (ff. 452 a 459 c2) el 3 de enero de 2011 con vigencia hasta el 31 de marzo de 2011, cuyo objeto fue la prestación de servicios en procesos y subprocesos asistenciales, entre otros, de terapia física.
- ♣ **Contrato de Prestación de Servicios No. 009/2011 modificadorio del Contrato No. 001 de 2011, celebrado el 1° de abril de 2011 entre Cooptraincol Ltda. en calidad de contratista, y la ESE. Hospital Especial de Cubará como contratante** (ff. 440 a 447 c2) con vigencia de doce meses hasta el 31 de diciembre de 2011.
- ♣ **Contrato de Prestación de Servicios No. 004/2013, suscrito el 02 de enero de 2013 entre Outsourcing Labor Profesional S. A. en calidad de contratista, y la ESE. Hospital Especial de Cubará como contratante** (ff. 415 a 418 c2) con vigencia del 1° de enero al 31 de agosto de 2013 y objeto el suministro de trabajadores de acuerdo a la necesidad.
- ♣ Otrosí No. 001/2013 al Contrato de Prestación de Servicios No. 004/2013 (ff. 420 y 421 c2) con vigencia del 1° de enero al 31 de agosto de 2013.
- ♣ Acta de liquidación del Contrato de Prestación de Servicios No. 004 de 2013 (ff. 424 y 425 c2).

⁵⁸ Vencimiento el 31 de septiembre de 2012

⁵⁹ Válido hasta el 31 de diciembre de 2015

⁶⁰ Según la certificación obrante a folio 398 laboró como trabajador asociado en labores como fisioterapeuta en la ESE Hospital Especial de Cubará

⁶¹ Se lee que laboró como profesional independiente en las plantas de Banadía y Samoré para Ecopetrol (fl. 399)

- ♣ **Comprobantes de nómina "PARA PAGO DE SUELDOS OUTSOURCING LABOR PROFESIONAL NIT (...) HOSPITAL DE CUBARÁ"**, del 1° al 30 de mayo de 2013 (ff. 426 a 429 c2), del 1° al 30 de junio de 2013 (ff. 430 a 433 c2) y, del 1° al 30 de julio de 2013 (ff. 434 a 436 c2).
- ♣ **Contrato de trabajo** suscrito entre la ESE Hospital Especial de Cubará y Rosa Yasmín Ayala Ramón, el 1° de abril de 2014 (ff. 486 a 488 c2).
- ♣ Copia del contrato de trabajo celebrado entre Rosa Yasmín Ayala Ramón y la ESE Hospital Especial de Cubará, el 1° de abril de 2014 por el lapso comprendido entre el 1° de abril y el 31 de diciembre de 2014 para que prestara servicios como fisioterapeuta (ff. 312 y 313).
- ♣ Certificación expedida por el Subgerente de la ESE Hospital Especial de Cubará el 18 de noviembre de 2015, sobre relación laboral entre la entidad y la hoy demandante, del 1° de abril al 31 de diciembre de 2014, prorrogado automáticamente por un término de 9 meses comprendidos entre el 1° de enero y el 30 de septiembre de 2015 (f. 81),
- ♣ Solicitudes de "cambio de un día laboral" y vacaciones, presentadas por la demandante el 26 de marzo de 2015 y el 07 de mayo de 2015, al Gerente (ff. 76 y 77).
- ♣ Requerimiento efectuado por el representante legal de la entidad demandada a la señora Ayala Ramón el 5 de agosto de 2015, para que "...de acuerdo con el numeral SEGUNDO del ESTUDIO DE CONVENIENCIA Y OPORTUNIDAD PARA EJECUTAR EL CONTRATO DE TRABAJO (...) se presente en el área de facturación de esta institución con el fin de colaborar con las tareas que se le asignen, lo anterior, sin perjuicio de las obligaciones que como Fisioterapeuta de esta institución debe cumplir en alguna de las dos jornadas de trabajo, según su agenda lo disponga (...)" (ff. 78 y 79).
- ♣ Copia del Oficio No. G2-2015-079 de 24 de agosto de 2015 suscrito por el Subgerente de la ESE Hospital Especial de Cubará, mediante el cual, se da preaviso de la terminación del contrato de trabajo de la demandante el 30 de septiembre de 2015 (f. 80).
- ♣ Certificación expedida por la Subgerente de la ESE Hospital Especial de Cubará, el 9 de marzo de 2018 en relación con los servicios prestados por parte de la hoy demandante en el sector salud (ff. 506 y 507 c2) como personal enviado por diversas cooperativas entre mayo de 2009 y 31 de marzo de 2014 y contrato de trabajo desde el 1° de abril al 31 de diciembre de 2014.

22X

- ♣ Copia del Acuerdo No. 013 de 19 de noviembre de 2007⁶², proferido por la Junta Directiva de la ESE demandada (ff. 508 a 518 c2).
- ♣ Copia del Acuerdo No. 006 de 28 de enero de 2005⁶³, expedido por la Junta Directiva de la Institución (ff. 577 a 579 c3).

Así las cosas, comoquiera que la actora afirma haber estado vinculada mediante contratos de prestación de servicios que encubrieron, en su dicho, **una relación laboral entre el 1º de junio de 2009 y el 30 de septiembre de 2015**, procederá la Sala a examinar en detalle los periodos que comprenden dicho lapso, a partir de las pruebas aportadas al plenario.

5.9.2.1. Del periodo comprendido entre junio de 2009 y enero de 2011.

Como se señaló, la demandante adujo el **1º de junio de 2009** como fecha de su "vinculación directa de manera verbal" (f. 5) al servicio de la ESE Hospital Especial de Cubará.

De conformidad con lo señalado por el artículo 1500 del Código Civil, los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, siendo los primeros, aquellos en los que para su perfeccionamiento es necesaria una solemnidad expresamente prevista por el legislador. Es así, que cuando el negocio jurídico es solemne, la solemnidad exigida amén de perfeccionarlo o hacerlo surgir a la vida jurídica, **cumple la función de demostrar su existencia**, al punto que, si dicha solemnidad consiste en un escrito o documento, el mismo adquiere la característica de ser la única prueba admisible para ello por disposición legal.

Lo anterior, por cuanto, en tales eventos, el documento cumple no sólo una función constitutiva sino además una función probatoria, con ocasión de la cual, se convierte en el único medio probatorio pertinente para ello.

Ahora bien, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define los contratos estatales como los actos jurídicos generadores de obligaciones celebrados con entidades del Estado previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad. A su vez, el artículo 39 ibídem establece que

⁶² "POR EL CUAL SE MODIFICA UN ARTICULO DEL MANUAL ESPECÍFICO DE FUNCIONES Y DE COMPETENCIAS LABORALES PARA LOS EMPLEOS DE LA PLANTA DE PERSONAL DEL HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARÁ E.S.E." - Negrilla del texto original -

⁶³ "Por el cual se asimila el Plan de Cargos de la Empresa Social del Estado Hospital Especial de Cubará"

los mismos **constarán por escrito**, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 41, según el cual, se perfeccionarán cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y, éste se eleve a escrito.

Los contratos estatales son -pues- solemnes (art. 1500 CC), y según el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, se rigen por las normas del derecho común, salvo en las materias que particularmente hayan sido reguladas por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública⁶⁴. Sobre éste aspecto, la Subsección 'C' de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 09 de mayo de 2011⁶⁵, expuso:

"(...) En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito,⁶⁶ salvo algunos casos de urgencia manifiesta,⁶⁷ la única prueba de su existencia es el documento que la ley pide como solemnidad constitutiva, tal como se desprende de los artículos 1760 del Código Civil⁶⁸ y 232 del Código de Procedimiento Civil.⁶⁹

Así que para demostrar la celebración de un contrato solemne, cuando la solemnidad constitutiva consiste en un documento, no es admisible ningún otro medio probatorio y por ende la existencia del negocio no puede ser demostrada con la confesión de parte, con testimonios, con otros documentos diferentes al que constituye su solemnidad, con indicios o con un principio de prueba por escrito (...). - Negrilla y subraya fuera del texto original -.

En esas condiciones, se concluye que en materia de contratación estatal, la exigencia del contrato escrito constituye: i) un requisito **ad substantiam actus**, en tanto, un contrato de la Administración sólo surge al ámbito jurídico en la medida en que las partes efectivamente lo suscriban y cumplan los requisitos de perfeccionamiento que la ley exige; y ii) un requisito **ad probationem**, pues **para acreditar su existencia sólo es admisible la aportación del documento contentivo del contrato escrito**. Se encuentran proscritos de ese modo, los contratos verbales que alega la demandante.

Sin embargo, revisado el plenario, se observa que los contratos de prestación de servicios por aquella aportados, el primero data del **03 de enero de 2011 en adelante**.

Sucede entonces, que la ausencia de prueba en relación con el contrato de prestación de servicios por el periodo comprendido entre junio de 2009 y enero de 2011 resulta

⁶⁴ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de septiembre de 2011, Rad. n°. 21.128 [fundamento jurídico 3].

⁶⁵ Proferida dentro del expediente 17864.

⁶⁶ Artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993.

⁶⁷ Inciso 3° del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

⁶⁸ "La falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere de esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados...".

⁶⁹ "La prueba de testigos no podrá suplir el escrito que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato...".

25

relevante para el caso que se estudia, dada la exigencia de esta formalidad como prueba ineludible de la existencia de los contratos celebrados por las entidades del Estado, regidos por el Estatuto de Contratación Estatal.

En el sub lite, la demandante, a quien correspondía la carga de demostrar la existencia de los contratos de prestación de servicios que, a su juicio, encubrieron una relación laboral por el periodo que ahora se estudia (2009 – enero de 2011), omitió acreditar con documento idóneo la existencia del contrato que dice haber celebrado; circunstancia que imposibilita a la Sala examinar para ese período las pretensiones de la demanda.

Por consiguiente, esta orfandad probatoria impone por sí misma la decisión de negar las pretensiones de la demanda, al menos en lo que al periodo examinado se refiere.

5.9.2.2. De la prestación del servicio como fisioterapeuta durante el año 2012.

En línea con lo anterior, se dirá que, del material probatorio obrante en el plenario, logra colegirse que del **01/02/2010 al 30/03/2012** la demandante laboró al servicio de COLPATRIA ARP en sedes de Ecopetrol, por lo cual, carece de sustento que, para ese período pretenda el reconocimiento prestacional por parte de la demandada si, además, no aporta contrato de prestación de servicios de donde pudiera inferirse que laboró para la ESE.

En efecto, según se lee en el Formato Único de Hoja de Vida de Rosa Yasmín Ayala Ramón (f. 377), aquella laboró como fisioterapeuta de la dependencia de Operaciones y Mecánica de la Empresa Privada COLPATRIA ARP del **1° de febrero de 2010 al 30 de marzo de 2012**, en las Plantas de Ecopetrol Banadia y Samore. Tal circunstancia, impide aceptar, que de forma simultánea se encontraba en Cubará; se cae por su propio peso admitir que la señora Ayala Ramón prestará sus servicios en favor de la ESE en ese tiempo, en las instalaciones por aquella dispuestas, y en un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.

No se encuentran de recibo entonces, las alegaciones de la parte actora en lo que al periodo mencionado se refiere.

5.9.2.3. Del periodo comprendido entre los meses de enero de 2011 y agosto de 2013.

Se observa en el plenario, que entre el **3/01/2011** y el **23/08/2013** la ESE Hospital de Cubará **suscribió contratos de prestación de servicios, con Cooperativas de Trabajo Asociado**, como a continuación se expone:

Contrato	Contratante	Contratista	Fecha de celebración	Plazo	Objeto
No. 005/2011 (ff. 452 a 459 c2)	ESE Hospital Especial de Cubará	Cooptraincol LTDA.	03 de enero de 2011	03 meses (Desde el acta de inicio, hasta el 31 de marzo de 2011.	“(…) la prestación de servicios por parte del CONTRATISTA en los procesos y subprocesos del área Asistencial de apoyo a la gestión, particularmente los propios del servicio de MEDICINA GENERAL, ODONTOLOGÍA, BACTERIOLOGÍA, ENFERMERÍA, LABORATORIO CLÍNICO, TERAPIA FÍSICA, TERAPIA RESPIRATORIA, INTERNACIÓN, NUTRICIÓN Y DIETÉTICA, PSICOLOGÍA (...) de acuerdo con las necesidades y requerimientos que le formule la E.S.E. HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA (...)”
No. 009/2011 (ff. 440 a 447)	ESE Hospital Especial de Cubará	Cooptraincol LTDA.	1º de abril de 2011	09 meses (Desde el acta de inicio, hasta el 31 de diciembre de 2011).	“(…) tiene por objeto la prestación de servicios por parte del CONTRATISTA en los procesos y subprocesos del área Asistencial de apoyo a la gestión, particularmente los propios del servicio de MEDICINA GENERAL, ODONTOLOGÍA, BACTERIOLOGÍA, ENFERMERÍA, LABORATORIO CLÍNICO, TERAPIA FÍSICA, TERAPIA RESPIRATORIA, INTERNACIÓN, NUTRICIÓN Y DIETÉTICA, PSICOLOGÍA (...) de acuerdo con las necesidades y requerimientos que le formule la E.S.E. HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA (...)”
No. 004/2013 (ff. 415 a 418 c2)	ESE Hospital Especial de Cubará	Outsourcing Labor Profesional S. A.	02 de enero de 2013	08 meses (Del 1º de enero al 31 de agosto de 2013).	“(…) Labor Profesional se obliga a colaborar con EL USUARIO en la prestación de actividades o labores propias, inherentes o conexas de carácter temporal conforme a lo previsto en el Artículo 77 de la Ley 50 de 1990 (...) El servicio objeto de este contrato será prestado por a través (Sic) de un número de trabajadores acorde con el volumen de trabajo a desarrollar, el cual será convenido entre las partes (...)” (f. 415 c2).
Otrosí No. 001/2013 (ff. 420 y 421).	ESE Hospital Especial de Cubará	Outsourcing Labor Profesional S. A.	23 de agosto de 2013	Adición de 04 meses en el plazo de	Modificación al Contrato No. 004/2013 en la cláusula décima tercera así: “El término de la duración del presente contrato es de doce (12) meses contados a partir del

				ejecución	01 de Enero de 2013 hasta el 31 de Diciembre de 2013 (...)” (f. 420 c2).
--	--	--	--	-----------	--

En ese sentido, obra a folios 506 y 507 c2, certificación expedida el **09 de marzo de 2018** por la entonces Subgerente de la ESE Hospital Especial de Cubará, en relación con los servicios prestados en su favor por la hoy demandante, en la que se lee:

“(…) Una vez revisado el archivo del Hospital Especial de Cubará, se encontró que la ESE HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA, suscribió contrato de prestación de servicios con las COOPERATIVAS en el cuadro adjunto, cuyo objeto fue PRESTAR LOS SERVICIOS EN LOS PROCESOS Y SUBPROCESOS DEL ÁREA ASISTENCIAL DE APOYO A LA GESTIÓN, PARTICULARMENTE EN LOS PROPIOS SERVICIOS DE MEDICINA GENERAL, ODONTOLOGÍA, BACTERIOLOGÍA, ENFERMERÍA, LABORATORIO CLÍNICO, TERAPIA FÍSICA, TERAPIA RESPIRATORIA, INTERNACIÓN, NUTRICIÓN Y DIETÉTICA, PSICOLOGÍA, APOYO DIAGNÓSTICO, TERAPÉUTICO Y PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN.

Que: Señora ROSA YASMÍN AYALA RAMÓN, fue enviada por estas COOPERATIVAS, a esta la Institución (Sic) a cumplir parte del objeto contractual, en los contratos que a continuación se desarrollan así:

FECHA INICIO	FECHA FIN	INSTITUCIÓN/ COOPERATIVA
11 DE MAYO DE 2009	31 DE DICIEMBRE DE 2010	COOPTRAINCOL
3 DE ENERO DE 2011	31 DE MARZO DE 2011	COOPTRAINCOL
1 DE ABRIL DE 2011	31 DE DICIEMBRE DE 2011	COOPTRAINCOL
1 ENERO DE 2012	31 DE MARZO DE 2012	PROSPERAR BOGOTÁ
1 ABRIL 2012	31 DICIEMBRE DE 2012	LABOR PROFESIONAL
1 DE ENERO DE 2013	31 DE AGOSTO DE 2013	LABOR PROFESIONAL
	OTRO SI HASTA DICIEMBRE 2013	
1 DE ENERO DE 2014	28 DE FEBRERO DE 2014	ASOTRASACOL
	OTROSÍ HASTA 31 DE MARZO	ASOTRASACOL

(…)” (f. 506) - Negrilla y subraya fuera del texto original -

Se colige entonces que, por los anteriores períodos, la actora fue asignada por **cooperativas de trabajo asociado** para desarrollar labores como fisioterapeuta en la ESE demandada.

Valga recordar, que las Cooperativas de trabajo asociado: **i)** son aquellas que vinculan el trabajo personal **de sus asociados** para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios, **ii)** el trabajo de los asociados es su base fundamental; **iii)** debido a su naturaleza, los asociados reciben a título de retribución no un salario sino una compensación y, tienen el derecho a recibir un porcentaje de los excedentes obtenidos por la cooperativa.

Por ello, palmariamente resulta la necesidad de que exista un **acuerdo cooperativo previo**, esto es, un contrato celebrado por un número determinado de personas con el objetivo de crear y organizar una persona jurídica de derecho privado denominada cooperativa, cuyas actividades deben cumplirse con fines de interés social y sin ánimo de lucro. Son **trascendentales**, en otros términos, tanto **1. La prueba de la asociación del cooperado**; como **2. La inexistencia de relación laboral entre el cooperado y la cooperativa dado que se trata de un asociado que es, en realidad un dueño más de la cooperativa y por ello recibe una compensación o retribución.**

De ese modo, como se indicó en precedencia, cuando se configura la existencia de intermediación laboral o tercerización, conforme lo ha señalado la jurisprudencia, resulta **necesario aportar los respectivos convenios suscritos entre el asociado y la cooperativa de trabajo asociado y, entre ésta y la entidad beneficiaria.**

En el sub iudice, tal como quedó expuesto, obran en el plenario los contratos de prestación de servicios suscritos entre las Cooperativas de Trabajo Asociado Cooptraincol LTDA y Outsourcing Labor Profesional S. A. en calidad de contratistas y, la ESE Hospital Especial de Cubará, en calidad de contratante⁷⁰. No suscita duda entonces, la suscripción de contratos de prestación de servicios entre la hoy demandada y las Cooperativas.

Sin embargo, revisado minuciosamente el plenario, echa de menos la Sala prueba alguna de la asociación de la cooperada, que permita establecer la relación entre aquella y las cooperativas, pues si bien se probó **la suscripción de contratos entre aquellas y la entidad beneficiaria** ESE Hospital Especial de Cubará no se aportaron los **respectivos convenios de asociación suscritos entre la asociada y una u otra cooperativa**, a efectos de demostrar la existencia de intermediación laboral o tercerización.

En otros términos, observa la Sala que **no es posible establecer la existencia de los convenios de asociación que celebró Rosa Yasmín Ayala Ramón para ser**

⁷⁰ Entiéndanse los siguientes contratos:

* Contrato de Prestación de Servicios No. 004/2013, suscrito entre Outsourcing Labor Profesional S. A. en calidad de contratista, y la E.S.E. Hospital Especial de Cubará como contratante, el 02 de enero de 2013 (ff. 415 a 418 c2).

* Otrosí No. 001/2013 al Contrato de Prestación de Servicios No. 004/2013 (ff. 420 y 421 c2).

* Contrato de Prestación de Servicios No. 009/2011, celebrado entre Cooptraincol Ltda. en calidad de contratista, y la E.S.E. Hospital Especial de Cubará como contratante, el 1° de abril de 2011 (ff. 440 a 447 c2).

* Contrato de Prestación de Servicios No. 005 de 03 de enero de 2011, celebrado entre Cooptraincol Ltda. en calidad de contratista, y la ESE Hospital Especial de Cubará como contratante (ff. 452 a 459 c2).

227

remitida por las Cooperativas de Trabajo Asociado en comento, a prestar sus servicios profesionales en favor de la hoy demandada, circunstancia que impide siquiera sugerir que, a través de tales contratos de prestación de servicios, se encubrió su relación de carácter laboral.

Recuérdese que, de conformidad con la jurisprudencia traída en cita en las consideraciones generales del presente proveído, el primer supuesto llamado a ser probado por los demandantes en procesos como el que ahora ocupa la atención de la Sala, es la calidad de afiliados a las Cooperativas de Trabajo Asociado, para lo cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006⁷¹, debieron suscribir con el ente cooperativo un Acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado, prueba documental ausente en el proceso.

Ahora, aun cuando obra a folios 506 y 507 c2, certificación expedida por la Subgerente de la ESE Hospital Especial de Cubará en la que se lee que: **i) la demandada suscribió contratos de prestación de servicios con las Cooperativas Cooptraincol, Prosperar Bogotá, Labor Profesional y Asotrasacol, cuyo objeto era la prestación de los servicios en los procesos y subprocesos del área asistencial de apoyo a la gestión, particularmente en los propios servicios de medicina general, odontología, bacteriología, enfermería, laboratorio clínico y, terapia física, entre otros y; que ii) Rosa Yasmín Ayala Ramón fue enviada a sus instalaciones a cumplir parte del objeto contractual lo cierto es que, se itera, no aportó la actora, como era su deber, los respectivos **convenios de asociación** que den valor probatorio definitivo a lo allí manifestado.**

Aunque, en atención al principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades, ante la ausencia de los convenios de asociación o de contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes objeto de la Litis, podría considerarse - incluso - que existió una vinculación contractual directa entre la demandante y la ESE Hospital Especial de Cubará (quien además admite la prestación de servicios en su favor por parte de aquella), no puede pasarse por alto que dicha circunstancia no fue objeto de prueba dentro del proceso.

Y es que, no pierde de vista la Sala que: **i) nada se dijo en el libelo introductorio ni en el recurso de alzada en relación con la tercerización de la labor de la demandante a través de las mencionadas Cooperativas de Trabajo Asociado, ni mucho menos, que ii) como se señaló en el acápite respectivo, la competencia del superior se rige**

⁷¹ Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

por el principio de congruencia, en virtud del cual, se debe desatar el recurso de alzada a partir de los argumentos de inconformidad propuestos por el recurrente. Sin embargo, discurre prudente realizar la precisión acabada de mencionar, pues pese a tener **plena vigencia en los supuestos de hecho que dieron lugar al sub iudice**, no fue advertida ni examinada por la primera instancia.

Es así, que resulta desacertado, que el a quo haya señalado con grado de certeza que “De las pruebas arrimadas al expediente se puede extraer que la demandante prestó sus servicios profesionales como fisioterapeuta al servicio de la E.S.E. Hospital Especial de Cubará, como resultado de diversos contratos de prestación de servicios que suscribieron Cooperativas de Trabajo Asociado y la aquí accionada (...)” (f. 645 c3), sin antes realizar examen del tópico analizado. No se evidencia que su argumento, configure una conclusión derivada de un estudio fáctico y jurídico suficiente.

Ha de precisarse en todo caso, que conforme se verá más adelante, en garantía del principio de *non reformatio in pejus*, lo hasta aquí expuesto en materia de Cooperativas de Trabajo Asociado e intermediación laboral, en modo alguno hace más gravosa la situación del apelante único. Se conserva intacto entonces, el principio de congruencia de recurso de apelación.

Además, no puede pasar por alto la Sala, que obran en el plenario comprobantes de nómina “**PARA PAGO DE SUELDOS OUTSOURCING LABOR PROFESIONAL NIT (...) HOSPITAL DE CUBARÁ**”, del 1° al 30 de mayo de 2013 (ff. 426 a 429 c2), del 1° al 30 de junio de 2013 (ff. 430 a 433 c2) y, del 1° al 30 de julio de 2013 (ff. 434 a 436 c2); así como comprobantes de cancelación de prestaciones sociales por parte de dicha Cooperativa, en favor de la hoy demandante, para la referida vigencia (f. 414).

De ese modo, se evidencia que para el año 2013, en los periodos relacionados, fueron reconocidos y cancelados salarios y **prestaciones sociales a la hoy demandante por parte de la Cooperativa Outsourcing Labor Profesional S.A.**, luego carece de razón que, por los mismos tiempos y labor, se pretenda en sede judicial otro pago por la misma causa, pues ello constituiría, sin duda alguna, una condena por emolumentos que ya fueron efectivamente pagados, así sea por el tercero. Adicionalmente, la demanda no alega insuficiencia en el pago de prestaciones sociales de ley de forma que pudiera, siquiera, examinarse si existe saldo insoluto por este concepto.

228

5.9.2.3.1. De la concurrencia efectiva del elemento subordinación en el caso concreto.

No obstante, examinará la Sala lo relacionado con la prueba de subordinación que es objeto de apelación.

El a quo negó las pretensiones de la demanda, al considerar que si bien se encontraban acreditados en el sub examine, dos (2) de los tres (3) elementos propios de una relación laboral (**i**) la prestación personal del servicio y **ii**) la remuneración); **no ocurría lo mismo con el elemento subordinación**. A su juicio, el material probatorio obrante en el plenario, a más de demostrar una relación de dependencia entre las partes, sugería la existencia de una simple relación de coordinación de actividades, representada en el sometimiento normal del contratista, con acatamiento de un horario y sujeción a ciertas directrices.

La recurrente sostuvo que contrario a lo señalado por dicho funcionario, con las pruebas aportadas al proceso logró acreditarse la concurrencia de la totalidad de los elementos propios de una relación laboral, en tanto, se demostró que prestó sus servicios de manera personal como fisioterapeuta al servicio de la demandada, **en condición de subordinación o dependencia** y, recibió por ello una contraprestación. Así, a efecto de demostrar tal subordinación, arguyó que:

- ♣ *Desempeñó sus labores en los términos precisos indicados por el Gerente y el Subgerente de la ESE,*

- ♣ *Las funciones a aquella encomendadas no fueron ocasionales, accidentales o transitorias como lo exige la naturaleza misma del contrato de prestación de servicios y,*

- ♣ *El Hospital Especial de Cubará no acreditó la existencia de cargos similares al ocupado por la hoy demandante en la planta de personal de la entidad, para el desarrollo de las actividades contratadas.*

Consideró entonces, que no le asistió razón al a quo en señalar que no existió en el presente asunto subordinación suficiente para desentrañar una verdadera relación laboral.

Dirá la Sala desde ahora, que los anteriores supuestos no pasan de ser simples afirmaciones, frente a las cuales, ninguna prueba se aportó al proceso, conforme pasa a exponerse. Anteriormente, fueron reseñadas las documentales aportadas al plenario, con las cuales no puede tenerse demostrada la subordinación.

En efecto, se aportaron en ese sentido, requerimientos efectuados por el Gerente de la ESE demandada a la Fisioterapeuta Ayala Ramón, para hacer parte de los **Comités de Historias Clínicas**, así como actas de las reuniones del periódico interno de la misma, en las que aquella participó. Empero, los mismos lejos de acreditar su efectiva subordinación, lo que hacen es advertir su participación en actividades que podrían catalogarse como **sociales o culturales de la entidad, de manera voluntaria**, no de otra forma pueden catalogarse la organización de celebración de cumpleaños o baby shower, o la creación de un periódico institucional que nada tienen que ver con actividades propias de una profesión como la fisioterapia.

Además, en la invitación a hacer parte del Comité de Historias Clínicas, vista a folio 42 c1, lo siguiente:

*“(...) me permito solicitarle su colaboración para hacer parte del **Comité de Historias Clínicas**, en el cual se espera aporte con sentido de pertenencia sus conocimientos y experiencia para el logro de los objetivos para lo cual se creó dicho comité.*

*Concedores de su alto grado de compromiso con la institución daremos por aceptada su colaboración si no manifiesta por escrito lo contrario (...)” -
Subraya fuera del texto original -.*

Nótese que, de su tenor literal no se desprende una orden que denote subordinación, por el contrario, es una invitación que otorga la posibilidad a la hoy demandante, de decidir hacer o no, parte del comité.

Además, sea reiterado que recibir instrucciones sobre la correcta prestación de un servicio, **cumplir determinados horarios, asistir a comités o rendir informes sobre la prestación del mismo, no constituyen per sé elementos de una relación de subordinación continuada**, sino que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de

729

prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

No resultan entonces suficientes, las carátulas de los documentos denominados "LINEAMIENTOS DE BIOSEGURIDAD: RIESGO BIOLÓGICO DE FISIOTERAPIA E.S.E. HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA" (f. 73) y "MANUAL DE EVENTOS ADVERSOS TERAPIA FÍSICA E.S.E. HOSPITAL ESPECIAL DE CUBARA" (f. 74) aportados con la demandada, para acreditar la subordinación. Si bien, ellos refieren asuntos propios de la profesión de la actora, nada dicen sobre su dependencia, el cumplimiento de órdenes u otras circunstancias en este tópico. Que la actora hubiera "realizado" tales documentos, no prueba que ello surgiera como consecuencia de una orden expresa enmarcada en una labor ordenada por la ESE. No pasan de ser documentos, si se quisiera, de orden académico, distante de la labor práctica y ordinaria que la demandante afirma prestaba por turnos a pacientes agendados por la entidad.

Se insiste en todo caso, que **no se encontró acreditado** que la demandante: **i)** se sometiera permanentemente a las directrices, inspección y vigilancia de las diferentes autoridades administrativas de la ESE careciendo de autonomía en el ejercicio de sus funciones, **ii)** cumpliera órdenes por parte de sus superiores jerárquicos (Gerente o Subgerente), o **(iii)** desarrollara sus funciones durante una jornada laboral determinada; aspectos que impiden sugerir con grado mínimo de certeza, que la labor por aquella desempeñada en favor de la hoy demandada, fuera prestada de manera personal y subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio de salud.

Recuérdese que, como se explicó previamente, **constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo**, que el interesado acredite en forma **incontrovertible** los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, **siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito.**

La subordinación no surge solo de indicios o inferencias, pues sabido es que **toda erogación del erario público tiene que cumplir una serie de trámites presupuestales y de contratación que exigen la prueba documental y; en este**

caso, ninguna aparece que comprometa a la demandada. No se acredita como lo advierte la recurrente, un abuso por parte de la ESE accionada en la utilización de los contratos de prestación de servicios.

Y es que, queda en evidencia que la labor probatoria de la actora se contrajo a demostrar que prestó sus servicios profesionales como fisioterapeuta en favor de la demandada y que, a manera de retribución, recibió una contraprestación de carácter económico; sin tener en cuenta, que para que se declare la existencia de una verdadera relación laboral, **ineluctable resulta contar con una prueba fehaciente de que la labor desempeñada se dio en condiciones de subordinación y dependencia.**

Si bien se señaló que aquella: **i)** desarrolló sus funciones en los términos precisos indicados por el Gerente y el Subgerente de la ESE, **ii)** en cumplimiento de un horario, y **iii)** con sujeción a un régimen disciplinario común; lo cierto es que no se evidencian en el plenario, pruebas que den cuenta de: **a)** imperativos inobjetables a ella impartidos por parte de un superior jerárquico en cuanto a la forma y cantidad de su trabajo, **b)** la imposición de un horario para el ejercicio de sus funciones, ni **c)** la existencia de sanciones, memorandos o llamados de atención a su nombre, con ocasión de la comisión de faltas disciplinarias.

El argumento expuesto por la apelante según el cual “el fallador de primera instancia omitió el deber legal de trasladar a la parte demandante la “carga dinámica de la prueba” para obligarlo a debatir sus propios hechos pese a que estos ya se habían tomado como ciertos por la omisión legal dentro del proceso, por ello conforme a lo establecido en el artículo 167 del C.G.P. (...)” (f. 656) - *Subraya fuera del texto original* -, no resulta de recibo, pues cuando se demanda la existencia de una relación laboral en virtud de un contrato de prestación de servicios de carácter estatal, **la ventaja probatoria que subyace en la presunción la estableció el legislador a favor del contratante**, pero, además, para demostrar la subordinación, quien está en mejor posición probatoria es quien alega este supuesto, no se requiere de documental reservada o elemento científico de mejor disposición por la demandada. Por el contrario, esta prueba lo que exige del demandante es la reconstrucción de los hechos ocurridos mediante testimonios o documentales que verdaderamente, demuestren la dependencia, el cumplimiento de horarios, las órdenes constantemente recibidas por la entidad, las agendas impuestas, las reuniones cotidianas, en fin, la prueba que lleve al juzgador a tal certeza.

Quien pretenda 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.** Luego, lógico resulta suponer que, si la contratista acudía a la jurisdicción, con tal fin, como se dijo, estaba en el deber de probar la tercerización trayendo, como ya se explicó, el contrato de asociación suscrito con las cooperativas, pero, además, probar la forma como se desarrolló el contrato tercerizado.

Si consideraba que la obligación general de apoyo y sujeción a las órdenes e instrucciones impartidas por el Gerente y Subgerente de la ESE Hospital Especial de Cubará, implicaban *per se* una actividad subordinada, debió allegar al proceso el material probatorio suficiente, que diera cuenta de la naturaleza de las funciones desempeñadas y la forma en que debía hacerlas, de modo tal, que no quedara duda a este juzgador sobre su ejercicio subordinado, **sin estarse únicamente a su parecer**⁷².

El simple hecho de asegurar que desempeñó labores propias del sector salud en favor de la demandada, en los términos precisos indicados por el Gerente y el Subgerente de la ESE, no prueba la relación laboral directa.

Finalmente, no escapa al conocimiento de la Sala, que la hoy demandante asegura: **i) haber desempeñado de manera permanente labores propias del sector salud en favor de la demandada, esto es, funciones que distaban de ser ocasionales, accidentales o transitorias, como lo exige la naturaleza misma del contrato de prestación de servicios y, que ii) la demandada no acreditó la existencia de cargos similares al ocupado por la hoy demandante en la planta de personal de la entidad, para el desarrollo de las actividades contratadas.**

Sobre el particular, se dirá que aun cuando es cierto que un contrato de prestación de servicios puede suscribirse para el desarrollo de funciones a cargo de la entidad cuando ellas no puedan realizarse con personal de planta y que su continuidad permite inferir, en principio, que se trata de un empleo que debía estar contemplado en la planta de personal⁷³, **ello no constituye un indicio necesario.**

⁷² Conforme como lo prevé el inciso final del artículo 103 del CPACA, "Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, **estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias** previstas en este Código" - Negrilla fuera del texto original -.

⁷³ La Sección Segunda, Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor Jaime Moreno García, en sentencia proferida el 17 de abril de 2008 en el expediente Radicación número: 54001-23-31-000-

Esa circunstancia fáctica debe acompañarse de otras pruebas que, como se ha dejado expuesto, no fueron aportadas al plenario. Necesario resultaba probar de manera fehaciente la subordinación y el cumplimiento de horario como elementos sustanciales de la relación laboral, pues comoquiera que el juez debe fallar atendiendo a la prueba aportada, si se concluye su carencia, insuficiencia o contradicción, mal puede, dar prosperidad a las pretensiones de la demanda, suponiendo la existencia de elementos necesarios para dar certeza a la decisión.

5.9.2.4. De la relación acaecida entre el 1° de abril de 2014 y el 30 de septiembre de 2015.

Por último, dirá la Sala que desde el 1° de abril de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2015, la actora sostuvo - como ya se reseñó - una **relación laboral regida por un contrato de trabajo** que descarta de plano, como lo consideró el a-quo, análisis alguno sobre el encubrimiento de una relación de trabajo que indiscutiblemente fue expresa y, que escapa, en consecuencia, de la controversia que ahora se suscita.

Recuérdese que, de conformidad con el numeral 1° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, corresponde a la Jurisdicción Ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, conocer de los **conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo**. En consecuencia, si en criterio de la demandante, del contrato de trabajo suscrito con la ESE demandada el 1° de abril de 2014, se deriva algún tipo de conflicto jurídico que amerite resolución judicial, lo cierto es que el mismo no resulta pasible de análisis por parte de ésta Sala, al ser del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa,

Por lo anterior, se confirmará la sentencia de primera instancia.

5.10. Costas.

Encuentra la Sala que, en materia de costas, no ha sido constante el criterio de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

2000-00020-01(2776-05), dijo ““Es, por tanto, el Estado el que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por ese medio los servicios de personal, precaviendo los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, el acto administrativo de nombramiento y la posesión, convirtiendo todo ello en una simple práctica.

Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral.”

731

En efecto, se lee lo siguiente en la sentencia proferida el **20 de septiembre de 2018** por la Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor William Hernández Gómez, dentro del expediente con radicación número: 20001-23-33-000-2012-00222-01(1160-15):

*"(...) 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 sentencia, el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.⁷⁴*

*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 (...)**" (Resaltado fuera de texto original).*

No obstante, **en sentencia de la misma fecha**, la Subsección "B" con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el expediente con radicación No. 68001-23-33-000-2014-00988-01(3301-17), expuso:

*"(...) Finalmente observa la Sala que el tribunal de primera instancia condenó en costas a la entidad demandada aplicando una tesis objetiva –pues no se refirió a **la conducta desplegada por la demandada en el curso del proceso judicial** –, por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, **se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena**. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática, esto es, sin que se realice un debido análisis que conduzca determinar su ocurrencia.*

En el sub lite, no se observa que la demandada haya reflejado un interés más allá de la simple defensa de la legalidad del acto administrativo acusado y/o la existencia factores, tales como, la temeridad y la mala fe, lo que conlleva a que se revoque la condena en costas, establecida en la providencia apelada (...)" - Negrilla fuera del texto original -.

En ese panorama, considera esta Sala que las providencias citadas plantean criterios opuestos, de modo que, evidenciada tal circunstancia, debe atenderse a la **postura**

⁷⁴ 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 [...]".

que resulte más favorable a la parte vencida, razón por la cual no se condenará en costas por esta instancia a la parte demandante.

Lo anterior, en consonancia con lo dispuesto en la sentencia de tutela proferida el 8 de febrero de 2019 por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado en el expediente con radicación No. 11001-03-15-000-2018-03416-01(AC), con ponencia del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, en la que luego del recuento jurisprudencial en materia de costas, se precisó:

"(...) 2.5.2 Sobre la condena en costas

(...) 6.6. Luego, al no existir en la Corporación una postura consistente y unificada sobre el asunto, no podría hablarse de un precedente judicial vinculante para la autoridad judicial y, por tanto, está facultada para acoger el criterio que estime más ajustado a derecho (...)"

Aunado a ello, se dirá que revisada la jurisprudencia de la Sección Segunda Subsección "A" de la referida Corporación en materia de tutelas interpuestas contra decisiones que han impuesto costas, se advierte que han primado los principios de confianza legítima y buena fe⁷⁵. Como quedó expuesto, en el presente caso, los pronunciamientos de las Altas Cortes no resultan pacíficos, razón de más para no imponer costas a la parte vencida.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala No. 3 de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confirmar la sentencia proferida el 04 de marzo de 2019 por el Juzgado Tercero Administrativo Transitorio Oral del Circuito Judicial de Duitama, en el proceso iniciado por Rosa Yasmín Ayala Ramón contra la ESE Hospital Especial de Cubará, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Sin costas en esta instancia.

⁷⁵ Al respecto se pueden consultar entre otras las proferidas por la Subsección "A", C.P. Doctor Rafael Francisco Suarez, sentencia proferida el 15 de agosto de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2019-02674-00(AC); C.P. Doctor Gabriel Valbuena proferida el 12 de agosto de 2019 en el proceso con Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01735-01(AC) y C.P. Doctor William Hernández Gómez, 25 de julio de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2019-01499-01(AC), entre otras.

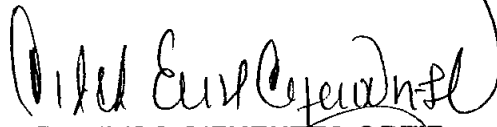
232

Tercero. No reconocer personería para actuar al profesional del derecho Pablo Javier Mendoza Jaimes, como apoderado de la ESE Hospital Especial de Cubará, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. En firme esta sentencia archívese el expediente.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha.

Notifíquese y cúmplase,



CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado

HOJA DE FIRMAS

Medio de control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: Rosa Yasmín Ayala Ramón

Demandado: ESE Hospital Especial de Cubará

Expediente: 15238-33-33-001-2016-00237-01

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE JUSTICIA
NOTIFICACION EN ESTADO
El auto califica por estado
No. 215 de ley. 13 DIC 2019
EL SECRETARIO