



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

Tunja, septiembre veinticuatro (24) de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: Nulidad y restablecimiento del derecho

Demandante: **Marcela Sánchez Barriga**

Demandado: Hospital Regional de Sogamoso E.S.E

Expediente: 15759-33-33-002-2018-00068-01

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo de Sogamoso, mediante la cual fueron negadas las súplicas de la demanda presentada por **Marcela Sánchez Barriga** contra el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda (f. 1-18 c.1):

1.1.1. Pretensiones:

1. **Marcela Sánchez Barriga**, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, para que se declare:

- * La nulidad del Oficio G-01-212 de 17 de agosto de 2017, expedido por el Gerente del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E.
- * Que entre el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E y la demandante, existió una relación laboral entre el 4 de febrero de 2014 hasta 31 de julio de 2017, en la cual se desempeñó como médica.

2. A título de restablecimiento del derecho, solicitó el pago de las siguientes sumas:

- * Las prestaciones sociales que devenga un médico en la entidad, tales como: auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, prima semestral, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, sueldo de vacaciones, vacaciones, bonificación especial por recreación, bonificación por servicios, horas extras, recargos nocturnos, diferencias entre sueldos pagados y los

asignados al cargo que se reclama (a trabajo igual, salario (pago) igual) y seguridad social integral, que no fueron canceladas por la entidad y causadas durante el periodo laborado, sin que se pueda predicar la prescripción extintiva de los derechos laborales.

- * Las cotizaciones con destino al sistema general de seguridad social en pensión por el tiempo de servicios prestados bajo la modalidad de ordenes o contratos de prestación de servicios Que el tiempo laborado se compute para efectos pensionales.*
- * Se ordene reintegrar los dineros descontados del salario, por concepto de retención en la fuente y pago de seguridad social.*
- * Reconocer y cancelar la indemnización consagrada en la Ley 244 de 1995, por el “no pago oportuno de cesantías”.*
- * Reintegrar el valor cancelado por concepto de pólizas para amparar los contratos de prestación de servicios.*

3. **Aunado** a lo anterior, deprecó que las sumas reconocidas sean actualizadas y pagadas con los intereses moratorios.

1.1.2. Hechos:

4. **El sustento fáctico del petitum, fue el siguiente:**

- * La demandante inició labores el 4 de febrero de 2014 como médico en el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E, por intermedio de las empresas denominadas Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S y/o Consorcio Grupo Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S., “siendo seleccionada continuó (sic) trabajando en la E.S.E. indefinidamente” (f. 2). El 31 de julio de 2017, fue terminado el contrato.*
- * Entre las citadas empresas intermediarias y la entidad hospitalaria fueron celebrados contratos de prestación de servicios con el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. Con ocasión de esto, las empresas mencionadas enviaron personal en misión.*
- * La demandante, laboró conforme al cuadro de turnos; cumplió horarios según las agendas de trabajo y las órdenes impartidas mensualmente por la ESE; también presentó informes mensuales de las actividades que realizaba*

diariamente, pues atendía pacientes según los servicios ofertados, habilitados e inscritos en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud del Ministerio de Salud, de acuerdo con la función misional de la ESE.

- * También laboró en la ESE por intermedio de la empresa Teminco S.A.S.*
- * Los servicios médicos que la demandante prestó a los pacientes dentro de las instalaciones de la E.S.E, fueron facturados y cobrados por la entidad hospitalaria a las diferentes E.P.S. y pagadores del sistema de salud.*
- * Los pacientes atendidos en las instalaciones de las ESE nunca fueron recibidos, atendidos o remitidos por ninguna de las empresas mencionadas, en tanto no son IPS ni se encuentran habilitadas para prestar servicios de salud.*
- * Las labores ejecutadas por la demandante fueron de carácter permanente en el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E, no fueron ocasionales ni obedecieron a aumentos de producción o demanda temporales.*
- * La E.S.E Hospital Regional de Sogamoso no vinculó a la demandante al sistema de seguridad social, ni canceló las prestaciones sociales, tales como: vacaciones, primas, cesantías, intereses a las cesantías, horas extras, recargos, y demás conceptos laborales que percibían los empleados de planta.*
- * El cargo de médico general se encuentra contemplado en el Decreto 1335 de 1990.*
- * Mediante petición radicada el 4 de agosto de 2017, la demandante presentó reclamación de los derechos laborales que le asisten; sin embargo, la solicitud fue negada a través del acto acusado.*

1.1.3. Fundamentos de derecho y concepto de violación:

5. Como normas vulneradas y concepto de violación la parte demandante señaló el preámbulo y artículos 25, 38, 53, 83, 122, 125 y 209 de la Constitución Política; el inciso 4° del artículo 2 del Decreto Ley 2400 de 1968; el artículo 209 del Decreto 1950 de 1973; el numeral 29 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002; el artículo 1 y 2 de la Ley 909 de 2004; los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 de 2011 y el Decreto 1335 de 1990.

6. Señaló que, con la expedición del acto acusado, la E.S.E Hospital Regional de Sogamoso se apartó totalmente de las normas legales que debieron sustentar la expedición del acto administrativo acusado, pues al negar la supremacía de la realidad sobre las formalidades se vulneraron los principios que rigen la administración pública. Que el acto administrativo fue expedido con desviación de poder y falsa motivación.

7. Aunado a lo anterior, evidenció el desconocimiento arbitrario de los derechos laborales que le asisten a la demandante desde su vinculación a la E.S.E Hospital Regional de Sogamoso, quien cumplió con sus deberes, órdenes, horarios y demás como “servidora pública” (fl.6), a pesar del trato desigual del que ha sido objeto por parte de los agentes de la E.S.E. Citó la sentencia C-614 de 2009 proferida por la Corte Constitucional.

8. Precisó que no fueron cumplidos los requisitos y condiciones del contrato de prestación de servicios entre la demandante y la E.S.E., por lo cual, se está en presencia de una verdadera relación laboral en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, con el agravante de que la entidad pública utilizó distintas empresas para realizar la intermediación laboral y evadir las obligaciones laborales.

9. Citó apartes jurisprudenciales de las Altas Cortes, en las cuales se ha declarado la nulidad del contrato de prestación de servicios por la omisión en el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o para su celebración.

10. Respecto del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, indicó que la línea jurisprudencial del Consejo de Estado ha establecido que i). en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo, procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a los que correspondan; y ii). la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente, pues para este efecto debe crear los cargos requeridos en la planta de personal.

11. Acotó que, con la expedición del acto administrativo acusado, el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E se apartó de los principios de la administración pública, máxime porque el cargo de médico esta creado y existe en la actual codificación del sector salud.

12. Finalizó al indicar que “(...) el propio Gerente del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E., acepto que la planta de cargos es insuficiente para cumplir la labor misional que por

eso realizan los procesos de contratación mediante los cuales contratan con ciertas empresas para suplir tal deficiencia, es decir que la necesidad de vincular personal es permanente, las funciones de la E.S.E., son permanentes, la contratación de empresas intermediarias es permanente, pero resulta que el personal que contratan irregularmente también en permanente (...)" (fl. 14)

1.2. Contestación de la demanda (f. 59 a 95 c.1):

13. *El Hospital Regional de Sogamoso E.S.E., a través de apoderado judicial se opuso a los hechos y pretensiones de la demanda. Alegó que entre la demandante y la E.S.E no ha existido contrato laboral o contrato de prestación de servicios.*

14. *Indicó que el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E contrató, entre otras empresas, al Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S. y Consorcio Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S., para desarrollar procesos y subprocesos a través de contratos de prestación de servicios para garantizar la prestación del servicio público de salud a la población del Municipio de Sogamoso y su área de influencia que no podían ser cubiertos con el personal de planta.*

15. *Manifestó que, en la medida en que no se pueda garantizar la prestación del servicio público de salud con el personal de planta de los hospitales públicos y las Empresas Sociales del Estado de conformidad con las directrices establecidas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social, una de las formas para garantizar la prestación del servicio, es la contratación de procesos y subprocesos con empresas especializadas.*

16. *Que la contratación se realizó a través de invitación pública prevista en el Estatuto de Contratación de la E.S.E., en observancia de los principios que rigen la contratación pública establecidos en las Leyes 80 de 1993 y 1150 de 2007, que fueron seguidos a pesar de que la E.S.E goza de un régimen de contratación privado como lo prevé el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993.*

17. *Agregó que los servicios profesionales de la demandante como médica, fueron prestados a las empresas Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S, Consorcio Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S, TEMINCO S.A.S., Consorcio para el Apoyo de Servicios de Salud "ASERSALUD", y Consorcio para el Apoyo de Servicios Profesionales en Salud "ASEPSALUD", las cuales realizaban las programaciones de acuerdo a las necesidades y el cumplimiento de los procesos y subprocesos contratados, incluida la atención por medicina general en los procesos de urgencias,*

hospitalización y salas de parto; por lo tanto, quien realizaba la asignación de funciones era el coordinador de cada una de las empresas designadas para tal fin.

18. Indicó que las citadas empresas eran las encargadas de contratar los servicios profesionales del personal que desarrollaba los procesos para el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E., en consecuencia, eran patronos de la demandante. Ello, en la medida que fueron suscritos los contratos que estipularon el pago de salarios y prestaciones sociales.

19. Así mismo, dijo que la demandante no cumplió horario, agendas de trabajo u órdenes impartidas por el Hospital Regional de Sogamoso, por cuanto las directrices respecto de la ejecución de los procesos contratados, fueron dadas por las citadas empresas a través de sus coordinadores quienes establecieron la forma y modo de ejecutar los procesos y subprocesos contratados.

20. Que la E.S.E no suscribió con la demandante ningún tipo de contrato administrativo o laboral y tampoco fue nombrada en ningún cargo, en consecuencia, no requería la presentación de informes de las actividades desarrolladas; a su juicio, era distinto que las empresas Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S, Consorcio Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S, TEMINCO S.A.S., Consorcio para el Apoyo de Servicios de Salud "ASERSALUD", y Consorcio para el Apoyo de Servicios Profesionales en Salud "ASEPSALUD", con las que suscribió contrato de trabajo o de prestación de servicios profesionales, le solicitaran la presentación de informes de actividades.

21. Que la E.S.E Hospital Regional de Sogamoso como IPS, conforme lo establece el Ministerio de Salud, puede contratar la ejecución de procesos y subprocesos, arrendar servicios, hacer asociaciones públicas o privadas, e incluso entregar la totalidad de los servicios para la explotación a terceros como lo prevé su Estatuto de Contratación y las normas de contratación pública.

22. En ese sentido indicó que, debido a la gran oferta de servicios para acceder al servicio público de salud de los habitantes del Municipio de Sogamoso y su área de influencia, fueron suscritos contratos con las referidas empresas, toda vez que el personal de planta no alcanzaba para cubrir la prestación de los servicios y tampoco existía la posibilidad de crear nuevos cargos, debido a la crisis que atraviesa el sistema general de salud.

23. Aseguró que el hospital no puede responder por cualquier incumplimiento suscitado entre las empresas Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S, Consorcio

Empresarial Gestión y Salud Sogamoso S.A.S, TEMINCO S.A.S., Consorcio para el Apoyo de Servicios de Salud “ASERSALUD”, y Consorcio para el Apoyo de Servicios Profesionales en Salud “ASEPSALUD” con la demandante.

24. *Señaló que, la Circular Conjunta del Ministerio de Trabajo y del Ministerio de Salud y de la Protección Social del 22 de marzo de 2012 (Rad. Nos. 00448 y 042578), respecto de la contratación de talento humano en salud, establece las modalidades de vinculación de dicho personal, sí se tiene en cuenta que el servicio público de la salud no puede dejar de ser prestado por parte de las entidades hospitalarias.*

25. *Dijo que, el Oficio G-01 -212 de 17 de agosto de 2017 no constituye propiamente un acto administrativo, toda vez que, se trata de una respuesta a una petición radicada por la demandante a la Gerencia del Hospital Regional de Sogamoso que no decide de fondo ni produce efectos jurídicos, por lo cual habrá de calificarse como un acto de trámite.*

26. *Consideró que, no puede desconocerse la legislación administrativa vigente para el ingreso a la carrera administrativa contemplada en la Ley 909 de 2004, que establece como requisito la creación del cargo y la provisión del mismo. Citó la Sentencia C-614 de 2009 proferida por la Corte Constitucional.*

27. *Sostuvo que la entidad hospitalaria en ningún momento ha adelantado procesos contractuales por fuera de los establecido en la Constitución y la ley, pese a que se rige por la legislación privada en materia contractual.*

28. *Propuso las excepciones de mérito: “Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “El oficio objeto de la impugnación no constituye propiamente un acto administrativo”, “Falta de causa legal para promover la acción”, “Cobro de lo no debido” e “Inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral”.*

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

29. *El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, en sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 (fls. 646 a 645), resolvió:*

*“**Primero. - Declarar** fundadas las excepciones de “Falta de causa legal para promover la acción”, “Cobro de lo no debido” e “Inexistencia del contrato de trabajo o relación laboral”, propuestas por la entidad demandada.*

***Segundo. - Negar** las suplicas de la demanda.*

Tercero. - Condenar en constas a la parte demandante, las cuales se liquidarán por secretaría, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Cuarto. - Fijar como agencias en derecho la suma correspondiente al cuatro por ciento (4%) del valor de la pretensión más alta estimada en la demanda, que corresponde a la liquidación del auxilio de cesantías (fl.7).

Quinto. – Una vez en firme ésta providencia, **archívense** las diligencias dejando previamente las anotaciones y constancias de rigor, previa liquidación de costas y devolución de excedentes a que haya lugar.”

30. Contrajo el problema jurídico a determinar si entre la actora y el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E existió una relación laboral durante los periodos en que la demandante estuvo vinculada a través de contratos de prestación de servicios con diferentes empresas o cooperativas de trabajo contratadas por la demandada y, si como consecuencia de ello, tiene derecho al reconocimiento y pago indexado de diferencias salariales, prestaciones sociales y económicas dejadas de percibir, así como, el reintegro de sumas pagadas por la demandante por concepto de aportes a seguridad social, retención en la fuente y costo de pólizas.

31. Previo a abordar el caso concreto, se detuvo en el análisis de los siguientes temas: **(i) Principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el contrato realidad (ii) El contrato realidad frente a la prestación del servicio de salud, y (iii) De la empresa de servicios temporales.** Luego, en el recaudo probatorio, se refirió a las pruebas documentales y testimoniales practicadas.

32. A continuación, analizó los elementos que configuran el contrato realidad en el caso de la señora Marcela Sánchez Barriga; frente a los dos primeros, estos son, prestación personal del servicio y remuneración, los encontró satisfechos.

33. Respecto de la subordinación, coligió que el cumplimiento de una jornada o recibir instrucciones, no necesariamente implica subordinación, toda vez que, se trata de actividades necesarias para la ejecución del objeto contractual, puesto que, al tratarse de la prestación del servicio de salud, es plausible que se disponga de un horario que asegure el cumplimiento de las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada de acuerdo al objeto institucional.

34. Sostuvo que la asignación de turnos era necesaria si se tenía en cuenta que era necesaria la adecuada prestación del servicio médico. Agregó que, de conformidad con la prueba testimonial, los médicos recibían instrucciones de la Subgerencia Científica de la ESE y, a la demandante, se le suministraron las guías de manejo y protocolos de la institución.

35. A continuación, abordó lo relacionado con la continuidad del servicio. indicó que la jurisprudencia ha dispuesto como factor indispensable para estructurar la relación laboral, la permanencia y/o continuidad en el servicio.

36. Dijo que encontró demostrado que el Hospital Regional de Sogamoso suscribió contratos de servicios con varias empresas temporales: J&D Servicios Integrales S.A.S. del 1 de enero de 2014 al 14 de abril de 2014; con Consorcio para el Apoyo de Servicios de Salud ASERSALUD del 15 de abril al 28 de febrero de 2015 y del 11 de agosto a marzo de 2017; con el Consorcio Grupo Empresarial Gestión y Salud Sogamoso del 3 de abril al 31 de agosto de 2017 y, con Temporal Industrial TEMINCO S.A.S del 22 de mayo al 31 de julio de 2017.

37. Constató con la prueba documental y testimonial que la demandante no cumplió con la carga de probar sus afirmaciones, en tanto no obraron pruebas que permitieran establecer la efectiva y continua prestación del servicio al Hospital Regional de Sogamoso, pues fueron varios los médicos que suscribieron contratos con las empresas de servicios temporales y prestaron el servicio en los mismos términos que la actora.

38. Discurrió que los testimonios no refirieron la continuidad en la prestación de los servicios en la ESE, se limitaron a mencionar algunos periodos en que la demandante se vinculó a la entidad; que si bien la representante de la Empresa TEMINCO S.A.S. manifestó que la prestación del servicio no se podía suspender mientras se surtía el proceso contractual, sus afirmaciones fueron generales, es decir, nada concretaron en relación con la situación de la demandante.

39. Concluyó que, pese a que la labor médica en el Hospital Regional de Sogamoso fue permanente, la prueba aportada al expediente no es suficiente para demostrar que las actividades de la señora Marcela Sánchez Barriga fueron prestadas de manera continua; igualmente, que no se demostró que hubiese superado seis meses la prestación de sus servicios, pues obra en el expediente únicamente en Contrato de Obra No. 4621 en el que se indica como fecha de inicio 22 de mayo de 2017 y, como terminación el 31 de julio 2017, de acuerdo con el testimonio del señor Néstor Castillo.

40. Señaló que, en el escrito de la demanda, se enlistó como anexos en el numeral 8° los contratos celebrados entre las empresas intermediarias y demandante, sin embargo, dichos documentos no fueron allegados al expediente.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

41. *Inconforme con la decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación (fl.658 a 664) que fue sustentado así:*

42. *Además de reiterar argumentos de sus alegatos de primera instancia, dijo que el juez a quo no tuvo en cuenta el escrito de demanda, por cuanto, los hechos narrados dan cuenta de la situación irregular que la demandante al interior del Hospital Regional de Sogamoso, en materia laboral.*

43. *Indicó que la entidad demandada no desvirtuó los hechos, ni la vulneración normativa endilgada; el acto demandado negó el reconocimiento y pago de los derechos laborales de la demandante, sin sustento alguno, su motivación es falsa y con intención oscura.*

44. *Adujo que la demandada no creó los cargos necesarios cumplir con su objeto social, por ello vinculó a la demandante a través de empresas temporales para realizar funciones de carácter permanente; en consecuencia, aunque hubiese laborado por un mes, tenía derecho al reconocimiento de los derechos laborales.*

45. *Precisó que trabajó para la demandada sin solución de continuidad desde el 4 de febrero de 2014 hasta el 31 de julio de 2017; que no se tuvieron en cuenta los argumentos expuestos en la demanda y los alegatos de conclusión pues, es claro que, la ESE y las empresas de servicios temporales con la suscripción, por ejemplo, del Contrato No. 352 de 2016, no pactaron el envío de personal en misión para trabajos temporales, sino permanentes. A continuación, dijo:*

“No fue descorrido el planteamiento efectuado sobre la justificación visible en el contrato 352 de 2016, sobre su celebración, ya que se lee en el numeral primero (1) de las consideraciones del contrato en cita y de los demás, que el numeral 6 del artículo 195 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con el artículo 16 del Decreto 1876 de 1994 establecen el derecho privado como régimen jurídico para la celebración de contratos, lo cual no es más que la interpretación errada o amañada de la norma, por cuanto ello es verdad pero para adquirir bienes o servicios diferentes a aquellos que corresponde adelantar con personas que desarrollen el objeto misional...” (f. 660)

46. *Insistió que la ESE debía crear los empleos necesarios para atender sus obligaciones permanentes, pero, precisamente, suprimió de la planta de personal los cargos de médico, para continuar vinculándolos por otras modalidades.*

47. *El juez no admitió que la reestructuración fue ficticia y basada en consideraciones que, se puede inferir, “es claro que la E.S.E. lo que hizo fue hacerse de*

trabajadores pagándoles **menor** valor que el establecido para los cargos de planta de personal, buscando así **AHORRARSE** un dinero a costa de los derechos de los trabajadores, dicha supresión **no** pudo decir que los cargos **no** se requirieran, pues está probado que por años ha vinculado personal de manera **PERMANENTE** a través de unas empresas que dicen ser de servicios temporales, pero que según lo visto en el proceso, **podrían** estar incurra en la violación de varios preceptos normativos.” (f. 660)

48. Solicitó se compulsen copias a las autoridades que deben conocer sobre los hechos y situaciones conocidas, petición que, dijo, no se tuvo en cuenta aun cuando el Agente del Ministerio Público, con los cuestionamientos realizados a la representante de la empresa temporal, puso en evidencia que no se están contratando labores transitorias ni ocasionales.

49. Se remitió a los alegatos de conclusión para significar que la primera instancia pasó por alto las pruebas legalmente recaudadas. Igualmente, se refirió al testimonio de Néstor Castillo Cárdenas para indicar que la demandante sí laboraba en la ESE desde el 2014.

50. Manifestó disentir de las conclusiones a las cuales se arribó en la sentencia respecto de la subordinación, por cuanto la demandante no tenía posibilidad de prestar sus servicios como médico sino en el horario preestablecido por el hospital pues, al funcionar 24 horas, sin más opción.

51. Acotó que, en la página 11 de la providencia recurrida, se hizo visible en el testimonio del señor Castillo, que a partir de marzo de 2015 él le asignó horas de trabajo a la demandante en el servicio de urgencias por órdenes de la gerencia y subgerencia del hospital, testimonio que no fue tachado de falso por la demandada y que prueba que la demandante trabajó más de seis meses continuos al servicio de la entidad hospitalaria.

52. Dijo que, no comparte las condenas de los numerales cuarto y quinto de la sentencia, ya que no se aparejan con la buena fe de la demandante, quien acudió a la administración de justicia, precisamente, a buscar justicia.

53. Consideró que se encuentra probada la falsa motivación del acto administrativo acusado y la equivocada interpretación de las normas y pruebas por parte del Juez a quo; solicitó la revocatoria de la decisión contenida en la providencia recurrida y en consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda. Subsidiariamente, solicitó revocar la decisión contenida en los numerales cuarto y quinto de la sentencia recurrida.

IV. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

4.1. Admisión del recurso de apelación:

54. *Por auto de 11 de diciembre de 2019, se resolvió admitir el recurso de apelación presentado por la demandante contra la sentencia de primera instancia. (fl. 672 y vto.).*

4.2. Traslado alegatos de conclusión

55. *En firme el auto que admitió el recurso de apelación, sin que se hubiese presentado solicitud alguna, se resolvió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento de acuerdo con el artículo 247 del CPACA y se corrió traslado para la presentación de alegatos de conclusión por las partes dentro del término de diez (10) días siguientes a la notificación de la decisión (fl. 676 y vto.).*

4.2.1. Parte demandada (fl. 678 a 689):

56. *Reiteró los argumentos expuestos en los alegatos presentados en primera instancia; adicionalmente, precisó que se demostró la inexistencia de la relación laboral entre la demandante y el Hospital Regional de Sogamoso, pues la entidad realizó convocatorias públicas para que ese tipo de empresas especializadas pudieran desarrollar procesos y subprocesos requeridos por el hospital.*

57. *Dijo que, en la prueba testimonial se indicó que las empresas reconocieron un salario a la demandante, así como prestaciones de ley –seguridad social, cesantías, primas, intereses a las cesantías, vacaciones–.*

58. *De igual forma, advirtió que en la declaración rendida por la Gerente de TEMINCO se señaló que, dentro del valor que cancelaba el hospital a la empresa, se incluían los gastos del supervisor del contrato, así como el valor de la administración de impuesto y aduanas – AIU y del IVA, lo que no afectaba a la demandante ni a los demás trabajadores.*

59. *Además, acotó que la empresa TEMINCO S.A.S después de 2017, no continuó contratación con el Hospital Regional de Sogamoso, y la demandante se desvinculó de la citada empresa de forma voluntaria.*

60. *Consideró que deben tenerse en cuenta los valores liquidados y cancelados por concepto de salarios y prestaciones en los periodos que contempla la demanda de acuerdo con el contrato que suscribió la de demandada con las empresas Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S, Consorcio Empresarial Gestión y Salud*

Sogamoso S.A.S, TEMINCO S.A.S., Consorcio para el Apoyo de Servicios de Salud “ASERSALUD”, y Consorcio para el Apoyo de Servicios Profesionales en Salud “ASEPSALUD”.

61. Reiteró que, no se encontró probado pago alguno realizado por el Hospital a la demandante, como tampoco, el elemento más importante de la relación laboral, la subordinación.

62. Solicitó el no acceder a las súplicas de la demanda, y en su lugar se confirme el fallo de primera instancia.

4.2.2. Parte demandante: Guardó silencio.

4.2.3. Ministerio Público: No emitió concepto.

V. CONSIDERACIONES

63. Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Oral del Circuito Judicial de Sogamoso el 30 de septiembre de 2019 dentro del proceso de la referencia.

5.1. De la intermediación laboral:

64. El artículo 1 del Decreto 2025 de 2011¹ prevé que, para los efectos de los incisos 1º y 3º del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010², cuando se hace mención a **intermediación laboral**, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para

¹ por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010

² Artículo 63. Contratación de personal a través de cooperativas de trabajo asociado. Reglamentado por el Decreto Nacional 2025 de 2011. El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Sin perjuicio de los derechos mínimos irrenunciables previstos en el artículo tercero de la Ley 1233 de 2008, las Precooperativas y Cooperativas de Trabajo Asociado, cuando en casos excepcionales previstos por la ley tengan trabajadores, retribuirán a estos y a los trabajadores asociados por las labores realizadas, de conformidad con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. **Expresión subrayada declarada Exequible por los cargos analizados, mediante Sentencia de la Corte Constitucional C-645 de 2011**

El Ministerio de la Protección Social a través de las Direcciones Territoriales, impondrá multas hasta de cinco mil (5.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las instituciones públicas y/o empresas privadas que no cumplan con las disposiciones descritas. Serán objeto de disolución y liquidación las Precooperativas y Cooperativas que incurran en falta al incumplir lo establecido en la presente ley. El Servidor Público que contrate con Cooperativas de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral para el desarrollo de actividades misionales permanentes incurrirá en falta grave.

prestar servicios a empresas o instituciones. Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1993 y el Decreto 4369 de 2006, en consecuencia, no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado realizarla.

65. Aunado a lo anterior, se dispuso que (i) se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa y (ii) cuando se hace mención a tercero contratante, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

66. A su turno, el artículo 71 de la Ley 50 de 1990³ dispuso:

“ARTÍCULO 71. Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador.”

67. Y en los artículos 95 y 96 esta ley estableció:

“Artículo 95. La actividad de Intermediación de empleo podrá ser gratuita u onerosa pero siempre será prestada en forma gratuita para el trabajador y solamente por las personas naturales, jurídicas o entidades de derecho público autorizadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Artículo 96. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizará a las entidades privadas o públicas que desarrollen actividades de Intermediación laboral a fin de establecer un Sistema Nacional de Intermediación. Para tales efectos el Gobierno Nacional expedirá los reglamentos necesarios.”

68. Lo anterior, agregado a que en los artículos 72 y siguientes se estableció, entre otras cosas, que los contratos celebrados entre las empresas de servicios temporales y los usuarios, deberán **constar por escrito**.

69. Y en el Decreto 4369 de 2006⁴ se indicó que las Empresas de Servicios Temporales (EST) son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por estas que tienen el carácter de empleador.

³ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁴ Por el cual se reglamenta el ejercicio de la actividad de las Empresas de Servicios Temporales y se dictan otras disposiciones.

70. Se dispuso en el artículo 5° que los trabajadores en misión “tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación. Se entiende por lugar de trabajo, el sitio donde el trabajador en misión desarrolla sus labores, junto con trabajadores propios de la empresa usuaria.” Y en el artículo 6° se previó:

“Artículo 6°. Casos en los cuales las empresas usuarias pueden contratar servicios con las Empresas de Servicios Temporales. Los usuarios de las Empresas de Servicios Temporales sólo podrán contratar con estas en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de las **labores ocasionales, accidentales o transitorias** a que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo.

2. Cuando **se requiere reemplazar personal en vacaciones**, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad.

3. Para atender **incrementos en la producción**, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más.

Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio.”

71. Y en el artículo 10 se estableció que “[n]o podrán ejercer la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de la Protección Social para el desempeño de esa labor, tales como las dedicadas al suministro de alimentación, realización de labores de aseo, servicio de vigilancia y mantenimiento; tampoco la podrán realizar las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.”

72. De lo anterior, se colige que, en términos del Consejo de Estado⁵, existe una pluralidad de vínculos jurídicos que se desprenden de la relación contractual existente

⁵ Ver entre otras:

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, con número de radicado: 41001-23-33-000-2012-00041-00(3308-13), siendo Demandante: Anibal Sefair Gracia, y Demandado: E.S.E Miguel Barreto López del Municipio de Tello, proferida el 06 de octubre de 2016.

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, con número de radicado: 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), siendo Demandante:

entre las empresas de servicios temporales y el trabajador que presta la labor o servicio; así como también, se genera una relación jurídica entre el tercero beneficiario o empresa usuaria, el trabajador y la empresa de servicios temporales.

73. En ese contexto, la relación jurídica existente entre la empresa de servicio temporales y el trabajador en misión que lleva a cabo la prestación personal del servicio, es un verdadero contrato de trabajo o relación laboral, regida por el Código Sustantivo de Trabajo.

74. Luego, en el Decreto 2025 de 2011⁶, se dispuso:

“Artículo 1°. Para los efectos de los incisos 1° y 3° del artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, cuando se hace mención a intermediación laboral, se entenderá como el envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.

Esta actividad es propia de las empresas de servicios temporales según el artículo 71 de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006. Por lo tanto esta actividad no está permitida a las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado.

Para los mismos efectos, se entiende por actividad misional permanente aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa.

Para los efectos del presente decreto, cuando se hace mención al tercero contratante o al tercero que contrate, se entenderá como la institución y/o empresa pública y/o privada usuaria final que contrata a personal directa o indirectamente para la prestación de servicios.

De igual manera, cuando se hace mención a la contratación, se entenderá como la contratación directa o indirecta.

Parágrafo. En el caso de las sociedades por acciones simplificadas -SAS-, enunciadas en el artículo 3° de la Ley 1258 de 2008, actividad permanente será cualquiera que esta desarrolle.”

Miguel Ángel Castaño Gallego, y Demandado: Municipio de Pereira – Secretaría de Educación municipal, proferida el 06 de octubre de 2016.

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, con número de radicado: 66001-23-33-000-2013-00214-01(3963-14), siendo Demandante: Raúl Antonio Cataño Trejos, y Demandado: Municipio de Pereira – Secretaría de Educación, proferida el 11 de mayo de 2017.

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”, C.P. Doctor William Hernández Gómez, con número de radicado: 66001-23-33-000-2014-00344-01(2440-16), siendo Demandante: Julio César Hernández Valencia, y Demandado: Municipio de Pereira, proferida el 24 de octubre de 2018.

Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Doctor Oswaldo Giraldo López, con número de radicado: 25000-23-41-000-2012-00710-01, siendo Demandante: William Orlando Gaona Gómez, y Demandado: Contraloría General de la República, proferida el 28 de noviembre de 2019.

⁶ *“por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010.”*

75. Sobre esta figura y la tercerización laboral, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 6 de julio de 2017 en el proceso radicado con el número 11001-03-25-000-2016-00485-00(2218-16) y con ponencia de la Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, explicó:

- * La intermediación laboral tiene como fin **la prestación de servicios personales por parte de trabajadores de un contratista y a favor, directamente, de un contratante.** Se trata, por lo tanto, del **envío de trabajadores en misión para prestar servicios a empresas o instituciones.** Se trata de una actividad propia de las empresas de servicios temporales.
- * La tercerización laboral no ha sido expresamente definida por la legislación colombiana, pero la doctrina ha indicado que se trata de la **subcontratación de producción de bienes o de prestación de servicios, así:**

“La tercerización laboral así entendida, supone que la producción de bienes o prestación de servicios se ejecute en un marco de dirección y control a cargo de una parte que se denomina contratista, con sus propios medios, trabajadores y patrimonio, a favor de otro sujeto, el contratante.”

76. Más adelante, discurrió:

“Ahora bien, hay que confrontar la definición realizada anteriormente, con aquella contenida en el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015,²⁷ el cual fue adicionado por el artículo 1° del también Decreto Reglamentario 583 de 2016, que reza:

«6. Tercerización laboral. Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas laborales vigentes.

La tercerización laboral es ilegal cuando en una institución y/o empresa pública y/o privada coincidan dos elementos:

1. *Se vincula personal para desarrollo de las actividades misionales permanentes a través de un proveedor de los mencionados en este decreto y*
2. *Se vincula personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.»*

Se evidencia de la definición de tercerización realizada por el artículo demandado, que el Ejecutivo asimiló los conceptos de tercerización y de intermediación laboral; toda vez que señala que «Se entiende como tercerización laboral los procesos que un beneficiario desarrolla para obtener bienes o servicios de un proveedor, siempre y cuando cumplan con las normas

laborales vigentes», pero previamente había incluido como formas de beneficiario y proveedor casi todas las figuras legales de vinculación de personal.

Adicionalmente, al establecer que la tercerización va a ser ilegal cuando no cumpla con dos requisitos, los cuales resultan ser aquellos consagrados para la intermediación laboral en el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 que pretende reglamentar, nuevamente confunde la categoría jurídica de intermediación laboral con la de tercerización laboral, generando por lo menos en teoría, la posibilidad hermenéutica de considerar que **todas las figuras legales de vinculación de personal enlistadas como beneficiario y proveedor pueden realizar labores de intermediación, siempre y cuando no incurran en las dos prohibiciones mencionadas por la referida norma.**

La implicación de ello, en lo relativo al numeral 4 del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015⁷⁸, es que la lectura de dicho numeral lleva a concluir que todas las entidades enlistadas en dicho artículo⁷⁹ pueden realizar labores de intermediación laboral. (...).”

77. En la misma providencia que se cita, se explicó la facultad de las empresas de servicios temporales para suministrar personal para que ejecuten funciones misionales para un beneficiario de manera temporal. Para el efecto, citó los artículos 71 a 81 de la Ley 50 de 1990 y señaló:

“La lectura de las normas transcritas revela, entre otras, que, en efecto, tal como lo menciona la parte demandante, **las empresas de servicios temporales pueden contratar la prestación de servicios con terceros para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades misionales, en los casos puntualmente precisados en dicha normativa.**

Ahora bien, el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. del Decreto Reglamentario 1072 de 2015⁸⁴, que se invoca como vulnerado, enuncia los dos elementos que deben presentarse para que la tercerización laboral, queriendo decir intermediación, sea ilegal:

1. La vinculación de personal para el desarrollo de actividades misionales permanentes a través de uno de los proveedores mencionados en el Decreto.
2. La vinculación de personal de una forma que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

Al revisar el contenido de la norma demandada, la Sala encuentra que del mismo no se evidencia una contradicción con lo dispuesto en los artículos 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, según se analiza a continuación.

Efectivamente, las normas que se acusan prevén la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales.

A su vez, el numeral 6° del artículo 2.2.3.2.1. bajo análisis, enuncia los dos elementos que deben presentarse **para que la tercerización laboral sea considerada ilegal**, esto es: (i) que la vinculación del empleado sea para el desarrollo de actividades misionales permanentes, y (ii) la forma de

vinculación afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes.

De esta manera, vemos que **dicho numeral no niega la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales, sino que se limita a señalar cuándo la tercerización laboral, definida como un concepto genérico que comprende a la intermediación, es considerada ilegal.**

Asimismo, nota la Sala que los dos requisitos para ello **no niegan la posibilidad de que las empresas de servicios temporales presten servicios misionales temporales: por el contrario, dichos requisitos están ligados a que los servicios misionales tengan precisamente un carácter permanente, y éstos sean vulneratorios de los derechos previstos en la legislación laboral.**” (Se destaca)

78. La misma sección, en la sentencia proferida el 8 de agosto de 2019, radicación 11001-03-25-000-2014-00716-00(2229-14) y con ponencia de la misma consejera, argumentó:

“ (...) los principales elementos de la actividad de intermediación laboral son los siguientes: (i) por intermediación laboral se entiende el envío de trabajadores en misión para colaborar temporalmente a empresas o instituciones llamadas «usuarias» en el desarrollo de sus actividades económicas; (ii) la actividad de intermediación laboral únicamente puede ser desarrollada por las empresas de servicios temporales debidamente autorizadas por el Ministerio del Trabajo; (iii) entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria se presenta un vínculo comercial o civil; (iv) la empresa de servicios temporales es el empleador del trabajador enviado en misión; y (v) los trabajadores enviados en misión tienen derecho a las mismas garantías y prerrogativas consagradas en las normas laborales para la generalidad de los trabajadores, y en especial, las establecidas para los trabajadores de las empresas usuarias, tales como, salarios, prestaciones sociales, indemnizaciones, dotaciones, incapacidades, horas extras, dominicales, festivos, beneficios de alimentación, recreación, transporte, etc., así como al pago de los aportes a pensión, salud y riesgos profesionales; y (vi) agrega la Sala, que de acuerdo con la jurisprudencia pacífica y reiterada de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, existe responsabilidad solidaria en el pago de salarios, prestaciones, indemnizaciones, salud ocupacional y riesgos profesionales entre la empresa de servicios temporales y la usuaria frente a un trabajador en misión.”

79. Anteriormente, en la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2017 en el proceso radicado con el número 05001-23-33-000-2012-00275-01 (3222-13) y con ponencia del Doctor Gerardo Arenas Monsalve, la Subsección “B” expuso:

“...En criterio de la Sala, los eventos de procedencia de la contratación por empresas de servicios temporales que establece el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 restringen la posibilidad de la administración pública para contratar el desarrollo de funciones permanentes o inherentes al objeto social de la entidad, pues en caso tal, se estarían desconociendo derechos de los servidores públicos, el derecho al trabajo y los fines de la administración pública, consagrados en los 25, 53, 123 y 125.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia T-774-11, sostuvo que "cuando el usuario requiera de la contratación permanente del servicio de los trabajadores en misión, debe acudir a otra forma de contratación diversa a la que se cumple a través de dichas empresas."

Bajo estos supuestos, es claro que la Ley 50 de 1990 en su artículo 71 permite la contratación con empresas de servicios temporales, pero bajo los precisos límites del artículo 77 ibídem, motivo por el cual, al igual que lo ha expresado la Sala en los casos en que ha aplicado el principio de la primacía de la realidad para reconocer la existencia del contrato realidad, no resulta viable acudir a la contratación de empresas de servicios temporales cuando se trate del desarrollo de actividades permanentes o propias del objeto de la entidad, pues de ser así, se estarían desconociendo principios constitucionales que rigen la función pública.

Debe insistir la Sala en el deber de la Administración Pública de observar las modalidades de vinculación del personal al servicio público previstas en la Constitución y la Ley, siendo la regla general, el vínculo laboral legal y reglamentario cuando se trata del desarrollo de funciones permanentes y propias del objeto de las entidades estatales, de manera que se respeten los derechos laborales de los servidores públicos y se garantice el interés general mediante vinculaciones con personal idóneo y permanente para el desarrollo de la función pública... (Resaltado fuera de texto)

80. Y, sobre los límites constitucionales y legales a la contratación de servicios personales con terceros en las Empresas Sociales del Estado, explicó:

"Ahora bien, respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, en Sentencia C-171-12, la Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades, de los cuales la Sala destaca los siguientes:

(...)

De acuerdo con lo anterior, es claro que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud mediante la contratación de terceros, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando (i)no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii)cundo estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii)cundo se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.

En este orden de ideas, en criterio de la Sala, los procesos de "deslaboralización de las relaciones de trabajo", desarrollados por las Empresas Sociales del Estado para "disfrazar" u "ocultar" la verdadera relación laboral que subyace entre la entidad y el tercero que desempeña la labor subordinada, permanente y propia de la entidad, son inconstitucionales,

porque atentan contra el derecho al trabajo, el derecho a acceder a la carrera administrativa, la permanencia y continuidad del servicio público y el respeto a los principios de la función pública.”

81. *Entonces, si bien las empresas de servicios temporales están autorizadas para contratar con entidades del estado distintos servicios, ello no puede significar el desconocimiento de los derechos laborales de los trabajadores, **ni mucho menos, suplir la actividad misional de la entidad de forma permanente.***

5.2. Sobre la prueba de la intermediación laboral:

82. *Cuando se alega la existencia de intermediación laboral o tercerización, conforme lo ha señalado la jurisprudencia resulta ser necesario aportar los respectivos convenios o contratos suscritos **entre el trabajador la cooperativa de trabajo asociado o empresa de servicios temporales y entre ésta y la entidad usuaria.***

83. *Así lo sostuvo la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el 15 de junio de 2017, radicación 76001-23-31-000-2011-00898-01(3186-15) y ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez:*

*“...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 2006⁷, **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)**

⁷ por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

84. En la sentencia proferida el 19 de julio de 2017 dentro del proceso con radicación 63000-23-33-000-2014-00139-01 (1771-15), con ponencia de la misma consejera, se indicó:

“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 legalmente⁸ 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 2006⁹, **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 2010.¹⁰ ...”*

85. Y en la sentencia de 12 de diciembre de 2017, radicación 76001-23-31-000-2011-00824-01(1192-16) y ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, se 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*

⁸ Ver artículo 5 y parágrafo del Decreto 4588 del 27 de diciembre de 2006.

⁹ Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado.

¹⁰ Folio 67 cuaderno 2.

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

86. Si bien en los casos antes citados se hizo énfasis en la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, debe precisarse que, en cualquier caso, **la intermediación laboral debe ser probada a través de los contratos suscritos por el trabajador con la empresa y de esta con la entidad.**

87. Bajo los parámetros antes señalados, se desatará el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la sentencia que negó las pretensiones de la demanda.

5.3. Caso concreto:

5.3.1. Sobre los contratos y demás pruebas allegadas al plenario:

88. Según lo preceptuado por el artículo 1500 del Código Civil, los contratos pueden ser solemnes, consensuales o reales, los primeros, aquellos en los que para que su perfeccionamiento es necesario una solemnidad expresamente prevista por el legislador. Quiere decir esto que, cuando el negocio jurídico es solemne, el acto exigido para perfeccionarlo 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. Ello, en la medida que, en tales eventos, el documento cumple no sólo una función constitutiva sino además ejerce un rol probatorio.

89. Sobre este aspecto, La subsección “C” de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expuso:

“(…) En efecto, siendo el contrato estatal un negocio jurídico solemne porque debe constar por escrito, salvo algunos casos de urgencia manifiesta, 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 Civil y 232 del Código de Procedimiento Civil.

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 -.

90. Entonces, se infiere que, en materia de contratación estatal, la exigencia del contrato escrito constituye un requisito sine qua non para acreditar su existencia, pues sólo allí surge al ámbito jurídico.

91. Precisado lo anterior, encuentra la Sala que al expediente se allegaron los siguientes documentos:

Contrato	Contratista	Plazo	Objeto¹¹
<i>En todos los contratos fungió como contratante la E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso</i>			
018 de 2014	<i>J&D Servicios Integrales S.A.S.</i>	<i>1 de enero hasta el 28 de febrero de 2014</i> <i>Otro si al Contrato: 1 de enero al 31 de marzo de 2014 (f. 131)</i>	<i>Prestar los servicios de atención en Medicina General en los procesos de urgencias, hospitalización y sala de partos; con personal suficiente y capacitado para cumplir con el objeto social del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. como entidad hospitalaria de II Nivel de atención, de acuerdo a los objetivos, requerimientos, condiciones y necesidades de la entidad con oportunidad, eficiencia y eficacia.”(f. 96 c.1).</i>
145 de 2014	<i>J&D Servicios Integrales S.A.S.</i>	<i>desde el 1 a 10 de abril de 2014. (f. 107 y ss.)</i>	<i>“prestar los servicios de atención integral en Medicina General en los procesos de urgencias, consulta ambulatoria, hospitalización y sala de partos, con personal suficiente y capacitado para cumplir con el objeto social del Hospital, como la entidad hospitalaria de II Nivel de atención, de acuerdo a los objetivos,</i>

¹¹ En los contratos se indicó que el Hospital no contaba con profesionales en medicina general. Se estipuló que el contratista estaba obligado a: (i) la permanencia en el servicio se haría en turnos de 6 o de 12 horas con programación previamente pactada con el Hospital y, en concordancia con las necesidades de horas/proceso que se requieran para cubrir adecuadamente los diferentes áreas; en general, la atención debía cubrirse las 24 horas del día, cubriéndose con 36 horas médico en el día y 24 horas médico en días festivos, (ii) propender por el adecuado conocimiento y aplicación de guías y protocolos de manejo y en especial las de código rojo y azul, (iii) respetar la normas y reglamentos del Hospital, sin perjuicio de la autonomía e independencia e iniciativa de los profesionales y demás personal requerido en las gestiones o actividades encomendadas, en concordancia con la lógica científica, (iv) asumir, reconocer y pagar, dentro de los plazos establecidos en la ley, todas las acreencias salariales y/o prestacionales, así como todos los aportes parafiscales que se contraigan con los profesionales asignados al Hospital para el desarrollo del objeto del contrato, (v) tener a todo el personal afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral.

		<i>Otro si No. 1: 1 de abril hasta el 14 de abril de 2014 (f. 119)</i>	<i>requerimientos, condiciones y necesidades de la entidad con oportunidad, eficiencia y eficacia”</i>
162 de 2014	<i>Consortio para el Apoyo de Servicios de Salud - ASERSALUD</i>	<i>15 de abril a 14 de octubre de 2014. Otro si 1: desde el 15/04/14 a 31/12/14 (f. 145).</i>	<i>Prestar el proceso de atención en medicina general en el área de urgencias, hospitalización y sala de partos con personal suficiente y capacitado para cumplir con el objeto social del Hospital, de acuerdo a los objetivos, requerimientos, condiciones y necesidades descritas en los términos de referencia.</i>
005 de 2015 (f. 151)	<i>Consortio para el Apoyo de Servicios de Salud - ASERSALUD</i>	<i>1 de enero a 28 de febrero de 2015</i>	<i>Prestar servicios relacionados con procesos y subprocesos en medicina especializada en el área de medicina general con personal suficiente y capacitado para cumplir con el objeto social del hospital de acuerdo a los objetivos, requerimientos, condiciones y necesidades descritas en los términos de referencia.</i>
268 de 2015 (f. 163)	<i>Consortio para la Atención de Servicios Profesionales en Salud ASEPSALUD</i>	<i>11 de agosto a 31 de diciembre de 2015</i>	<i>Prestación de servicios profesionales en la medicina general para realización de consulta de urgencias, consulta de medicina general de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos en dicha área, a los pacientes que acuden al hospital, prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.</i>
002 de 2016 (f. 176)	<i>Consortio para la Atención de Servicios Profesionales en Salud ASEPSALUD¹²</i>	<i>1 de enero a 29 de febrero de 2016 Otro si 1: 1 a 31 de marzo</i>	<i>Prestación de servicios profesionales en la medicina general, para la realización de consulta de urgencias, consulta de medicina general de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha área a los pacientes</i>

¹² A folio 516 reposa “ACUERDO PARA LA CONSTITUCIÓN DEL CONSORCIO PARA LA ATENCIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES EN SALUD ASEPSALUD, CONFORMADO POR LA COOPERATIVA MULTIACTIVA PARA LA GESTIÓN Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS “GESTIÓN Y SALUD” Y LA SOCIEDAD GRUPO EMPRESARIAL GESTIÓN Y SALUD S.A.S.”, denominada *Consortio para la Atención de Servicios Profesionales en Salud – ASEPSALUD*, constituido para prestar los servicios a la E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso con el objeto de prestar los servicios profesionales en medicina general para la realización de consulta de urgencias, consulta en medicina general de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha área, a los pacientes que acuden al Hospital Regional de Sogamoso, prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia, con personal suficiente y capacitado para cumplir con su objeto

		de 2016 (f. 190)	que acuden al hospital prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.
168 de 2016 (f. 193)	Consortio Gestión y Salud Sogamoso	6 meses a partir de la legalización del contrato. (1 de abril) Otro si 1: 3 meses adicionales (30/09/16)	Prestación de servicios profesionales en la medicina general, para la realización de consulta de urgencias, consulta de medicina general de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha área a los pacientes que acuden al hospital prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.
352 de 2016 (f. 213)	Consortio Gestión y Salud Sogamoso	14 a 31 de diciembre de 2016.	Prestación de servicios profesionales en la medicina general, para la realización de consulta de urgencias, consulta de medicina general de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha área a los pacientes que acuden al hospital prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.
002 de 2017 (f. 227)	Consortio Gestión y Salud Sogamoso	1 de enero a 28 de febrero de 2017 Otro si: 1 a 31 de marzo de 2017 (f. 242)	Prestación de servicios profesionales en la medicina general, para la realización de consulta de urgencias, consulta de medicina general de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha área a los pacientes que acuden al hospital prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.
136 de 2017 (f. 246)	Consortio Grupo Empresarial Gestión y Salud Sogamoso	3 de abril a 31 de agosto de 2017	Prestación de servicios profesionales en la medicina general, para la realización de consulta de urgencias, consulta de medicina general de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha área a los pacientes que acuden al hospital prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.

92. Igualmente, se arrimaron al plenario:

social como entidad hospitalaria de II nivel de atención, de acuerdo a los objetivos, requerimientos, condiciones y necesidades descritas en los términos de referencia de la Convocatoria Pública No. 029 de 2015.

- * Comprobantes de pago realizados por la ESE a las empresas contratistas (f. 299 a 416)
- * Certificación expedida por JyD Servicios Integrales S.A.S. en el cual se indica que, a 30 de noviembre de 2016, se encontraba a paz y salvo de los parafiscales, riesgos profesionales y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (f. 423).
- * Copia del resumen general de pago realizado a salud y pensión por Grupo Empresarial Gestión y Salud S.A.S. de diciembre de 2015 y enero de 2016; noviembre y diciembre de 2016 (f. 424 s 429).
- * Copias de los contratos de trabajo y pagos realizados a los empleados de TEMINCO S.A.S. (Anexo).

93. Hasta aquí, la Sala encuentra debidamente probado que el Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. contrató los servicios de sociedades y consorcios para prestar, entre otros, los servicios de medicina general durante los años 2014 a 2017; sin embargo, se echan de menos **los contratos suscritos entre estas últimas y la señora Marcela Sánchez Barriga** que demostraran que, en efecto, la intermediación laboral era contraria al ordenamiento jurídico.

94. De acuerdo con la jurisprudencia citada en el acápite anterior, **el primer supuesto** a ser probado es el contrato suscrito entre el profesional de la salud y las sociedades, consorcios o cooperativas de trabajo asociado que permitan inferir que, en efecto, se tercerizó el servicio de medicina general.

95. Obsérvese que, pese a la existencia de la relación entre la ESE y las sociedades o consorcios, **no se encuentra probada la condición de la demandante como médica general del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E.**, aun cuando resultaba imprescindible para demostrar la subordinación que, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, le incumbía a la demandante.

96. No encuentra la Sala, ni por asomo, certificaciones, turnos, horarios u otros elementos que permitan a esta Sala determinar fehacientemente que, pese a que fue vinculada a través de empresas de servicios temporales, se desempeñó de forma subordinada en la entidad. Tampoco encuentra la Sala que el demandante haya demostrado que las funciones que ejercía eran idénticas a las desarrolladas por el personal de planta.

97. Así lo sostuvo La Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el **26 de abril de 2018**¹³, en caso en el que se alegaba primacía de la realidad sobre las formalidades por intermediación laboral, al señalar que:

“(…)Como el actor alega su condición de trabajador en misión, vinculado a la empresa de servicios temporales Servitemporales S. A. y enviado a prestar servicios al municipio de Pereira-secretaría de educación y a la Institución Educativa Escuela La Palabra, es conveniente expresar que entre la empresa y el ente municipal existe una relación laboral, regida por el Código Sustantivo del Trabajo, conforme al artículo 75 de la mencionada Ley 50 de 1990; pero esta no es perceptible ni directa entre este último y el trabajador en misión.

No obstante, el artículo 79 ibidem ordena «Los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación».

*Por ello, en el presente asunto, **no basta que el demandante arguya su calidad de trabajador en misión, durante el período del 5 de enero de 2010 al 30 de junio de 2011, sino que resulta menester probar, por medio de los contratos de suministro de personal y de trabajo, las funciones para las que fue contratado y cómo las desarrolló**, y no con una certificación de la empresa de servicios temporales Servitemporales S. A., de 9 de octubre de 2012, en la que se asevera que él «ha laborado en nuestra empresa con contratos por obra o labor determinada como trabajador en misión», y con los desprendibles de pago de nómina (ff. 73-78). Por lo tanto, no es dable acceder a esta pretensión. (…)*” – Negrilla fuera de texto-

98. Adicionalmente en sentencia de fecha **6 de octubre de 2016**¹⁴ la misma Corporación, dijo:

“(…) Del análisis a las anteriores pruebas, la Sala encuentra que el actor no probó la supuesta vinculación con el ente territorial como trabajador en misión de la empresa de servicios temporales Servitemporales S.A., toda vez que, si bien en el expediente obra copia del contrato de suministro de personal suscrito por la E.S.T. con el municipio de Pereira, el accionante no aportó ningún contrato de trabajo pactado con la mencionada E.S.T. con el objeto de dar cumplimiento al contrato de suministro de personal, es decir, que no se demostró que entre el actor y la citada empresa Servipersonales S.A. se haya celebrado contrato de trabajo para que aquel prestara su servicio al

¹³ C.P. Doctor Carmelo Perdomo Cueter, con número de radicado: 66001-23-33-000-2013-00166-01(3917-14), siendo Demandante: Jhon Jairo Echeverry Moreno, y Demandado: Municipio de Pereira

¹⁴Sección Segunda, Subsección “B”, C.P. Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, con número de radicado: 66001-23-33-000-2013-00091-01(0237-14), siendo Demandante: Miguel Ángel Castaño Gallego, y Demandado: Municipio de Pereira – Secretaría de Educación Municipal

*municipio de Pereira como trabajador en misión, lo que imposibilita o excluye la configuración de la relación laboral entre el ente territorial demandado y el actor, máxime, cuando por mandato legal se tiene que la relación jurídica que emana entre la E.S.T. y el trabajador contratado es de carácter laboral, adquiriendo la condición de empleador de la referida Empresa de Servicios Temporales, conforme los designios del artículo 71 de la Ley 50 de 1990.”-
negrilla fuera de texto-*

99. Uno de los argumentos de la parte actora consiste en que, intencionalmente, la ESE reestructuró la planta de personal y suprimió los cargos de médico general para contratar la labor y desconocer los derechos laborales de los galenos, sin embargo, se trata de una consideración huérfana de prueba que impide a esta Sala afirmar que, en efecto, la entidad demandada utilizó la contratación de las sociedades y consorcios para desconocer los derechos de la demandante.

100. Pero, en cualquier caso, cabe señalar que en este proceso no se examina la legalidad de acto alguno de supresión de empleos sino de la relación laboral que a través de terceros, afirma la demandante, fue prestada por ella al hospital demandado, sin embargo, como ya se anotó, no aportó al plenario la prueba fundamental, el contrato de trabajo suscrito con quien, se afirma, fue tercerizado el servicio.

101. Recuérdese que la prosperidad de las pretensiones de la demanda depende **exclusivamente** de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo *onus probandi incumbit actori* que se dirige fundamentalmente a **desvirtuar** la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos de una relación laboral con el trabajador, especialmente el de **subordinación**.

102. En ese orden de ideas, conforme a la jurisprudencia reseñada, para demostrar el argumento de tercerización o intermediación entre los consorcios y la ESE Hospital Regional de Sogamoso, era necesario que obrara en el plenario el contrato suscrito por la demandante con aquellos, pero ello se echa de menos y, en consecuencia, mal puede examinarse el caso sobre la base del argumento de la demanda.

103. En esas circunstancias, con los contratos suscritos por la ESE y los consorcios o sociedades no se logra demostrar que haya sido la demandante quien había prestado sus servicios como médica general, en qué periodos, y de qué forma a la entidad demandada, ni mucho menos que haya devenido ilegal la intermediación laboral.

104. Así las cosas, carece de prosperidad el argumento en el que la demandante edificó su demanda, al señalar que la entidad demandada y las sociedades o consorcios tercerizaron una relación laboral que pueda ser examinada entre la demandada y la demandante; esto lleva al traste con el recurso de apelación y, por contera, con las pretensiones de la demanda.

105. Para sacar adelante las pretensiones de la demanda, se reitera, la parte actora debía allegar las pruebas necesarias para dar certeza de la intermediación laboral y la trasgresión de sus derechos. Este fue el supuesto que alegó la demanda, pero no se probó.

106. A juicio de esta Sala la simple afirmación de la parte demandante no es suficiente pues, es claro que el juez debe fallar atendiendo a la prueba aportada. Entonces, 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.

107. Los servicios prestados al Estado como consecuencia de decisiones administrativas no pueden surgir de solo de indicios y testimonios 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 la responsabilidad de la demandada.**

108. La labor de la actora se contrajo a probar la relación contractual entre el hospital y las empresas de servicios temporales, pero su esfuerzo probatorio perdió de vista que también **1) debía acreditar su calidad de trabajadora frente a estas y 2) demostrar su actividad subordinada en la entidad usuaria.**

109. En casos como el presente, como lo explicó la jurisprudencia, lo primero que debe probarse es la tercerización mediante el contrato suscrito con el trabajador y el negocio entre la sociedad y el beneficiario del servicio y, constatado lo anterior, cabe examinar las pruebas que acrediten las condiciones de igualdad de servicios con el restante personal de planta de la entidad, **pero lo que no se puede es presumir tal hecho mediante inferencias subjetivas del juzgador.** En este mismo sentido se pronunció esta Sala en la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019 en el proceso en que fungió como Demandante: **Rosa Yasmín Ayala Ramón y Demandado: ESE Hospital Especial de Cubará Expediente: 15238-33-33-001-2016-00237-01.**

5.3.2. Sobre la carga de la prueba:

110. Ahora bien, la parte demandante aseguró que el juez a quo no había atendido lo expuesto en la demanda, “por cuanto los hechos narrados son claros, da cuenta de la situación irregular que en materia laboral tuvo que experimentar la señora Marcela Sánchez Barriga”; esto, aunado a que la entidad demandada no logró desvirtuar los hechos narrados ni la violación de normas de orden nacional, circunstancia que hace evidente que el acto administrativo acusado adolece de falsa motivación “y su intención es oscura” (f. 658).

111. El inciso final del artículo 103 del CPACA prevé que, “[q]uien 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”, norma que se acompasa con el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual establece que **incumbe a las partes probar el supuesto de hechos de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.**

112. La prueba es una carga que “(...) consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos”¹⁵. Sobre este tema se ha expresado el Consejo de Estado¹⁶ en estos términos:

“La noción de carga ha sido definida como “una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que

¹⁵ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007., pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: “Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.” DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: “De las anteriores consideraciones, deducimos la siguiente definición: carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables.” Ídem. Pág. 406

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 110010315000200601308 00.

excitaban al sujeto”¹⁷. La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir —incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente— con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta —la aludida carga—, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

“Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba —verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida.”

113. Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes.¹⁸ El tratadista DEVIS ECHANDÍA define la expresión carga de la siguiente manera:

¹⁷Cita original del Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 110010315000200601308 00: “HINESTROSA, Fernando, *Derecho Civil Obligaciones*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C., 1969, p. 180.”

¹⁸ “La carga es un imperativo del propio interés y no del interés ajeno. Es decir, que quien cumple con el imperativo (comparecer, contestar demanda, probar, alegar) favorece su interés y no el de cualquiera otro, como en cambio sí ocurre con quien cumple una obligación o un deber. Precisamente, por ello no existe una sanción coactiva que comine al individuo a cumplir, sino que se producirá para el sujeto, como consecuencia de su incumplimiento, una desventaja sin que su omisión se refleje en la esfera de un tercero. En la carga se está en pleno campo de la libertad. El sujeto tiene la opción entre cumplir o no cumplir su carga. Si no lo hace no tiene sanción, porque lo que se busca es facilitar la situación del sujeto ya que el fin perseguido es justamente un interés propio. Cuando se notifica el auto que abre el proceso, porque se acepta la pretensión, nace la carga para el opositor de comparecer y defenderse, contradecir, excepcionar. El opositor puede optar por hacerlo o no. Si no lo hace es él quien se perjudica. CARNELUTTI dice que la carga es un acto necesario y la obligación un acto debido. Es indudable que en el proceso más que obligaciones, abundan las cargas.” (QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis. 2000. pág. 460.)

Con el objeto de entender mejor la expresión carga, ver: MICHELI, Gian Antonio. *La carga de la Prueba*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961., pág. 60. Al respecto afirma: ‘La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de la carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídico relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para que un fin jurídico sea alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma’.

En consonancia con lo dicho advierte el tratadista Giuseppe Chiovenda: “Aunque no se puede hablar de un **deber** de probar, sino sólo de una **necesidad** o **carga**, puesto que la falta de prueba da lugar a

“[...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.”¹⁹

114. En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento. Así entonces, si la actora consideraba que dichos elementos eran indispensables para probar la subordinación y ilegalidad de la tercerización laboral, tenía la carga de allegar los elementos probatorios necesarios **sin estarse únicamente a su parecer**.

115. Entonces, lo anterior significaba que **no bastaba la narración de circunstancias de tiempo, modo y lugar ni el concepto de la violación**, pues era necesario que a esto se acompañaran todos los elementos probatorios necesarios para demostrar que la entidad demandada (i) había disfrazado una relación laboral a través de contratos de prestación de servicios suscritos con sociedades y consorcios y (ii) sometió a la demandante **a una subordinación continua o permanente** que dé lugar a la existencia de la relación laboral y, consecuentemente, al pago de las prestaciones sociales reclamadas.

116. Sobre el deber probatorio de la subordinación, la jurisprudencia del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha sido pacífica en señalar que le incumbe a la parte actora. En efecto, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia proferida el **8 de junio de 2017** con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez en el proceso radicado bajo el No. 05001-23-31-000-2011-01141-01(3604-15) promovido por Sergin Alexander Giraldo Ortiz contra el Departamento Administrativo de Seguridad, 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.

una situación jurídica análoga a la producida por el incumplimiento de un deber, ya que la parte a que corresponda la carga de probar soporta las consecuencias de la falta de prueba.’ CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de derecho Procesal Civil*. México. Editorial Harla. 1997. pág. 395.

¹⁹ DEVIS ECHANDÍA. *Óp. Cit.*, pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción carga. Las mismas se pueden encontrar en: *Ibid.*, págs. 378-401.

*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.” (Subrayado fuera de texto original).*

117. Así mismo, 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:

*“(...) 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 exequible 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 -.

118. En esas condiciones, se concluye que cuando se discute una relación laboral, **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 intermediación laboral, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

119. 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.**

120. A juicio de la Sala, el juez a quo **no desconoció** “la situación generalizada en la demandada con varios trabajadores como se evidencia en los varios contratos celebrados con las empresas temporales que contrató el Hospital Regional de Sogamoso”, máxime si se tiene en cuenta que era a la actora quien debía probar la subordinación y existencia de la relación laboral, pues la el proceso contractual adelantado por la E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso con las empresas de servicios temporales **no son del resorte de este proceso judicial.**

121. Pero, aún en gracia de discusión, es decir, sin dejar de lado que a este proceso no compete juzgar legalidad de actos de reestructuración de plantas de personal, sea dicho que el ejercicio probatorio, incluso a título de indicio, si se quisiera, tampoco fue eficiente pues, en el plenario no milita prueba alguno relacionada con la supresión de los cargos de médicos de la planta de personal de la E.S.E.; como se dijo, si consideraba que esto era esencial para desvirtuar la relación contractual, debió, cuando menos, agotar el ejercicio probatorio que permitiera llegar a esa conclusión, pero eso tampoco ocurrió.

122. Dígase que la Sala no pasa por alto el testimonio rendido por **Néstor Ricardo Castillo**, en la audiencia de pruebas realizada el 5 de junio de 2020, en el que aborda circunstancias fácticas relacionadas con los cambios sufridos en la planta de personal de la entidad demandada²⁰, pero es que, se reitera, lo que ocupa a este proceso es la existencia de una relación laboral entre la demandante y la demandada, **intermediada por terceros**, sin embargo si, como ya se explicó, no se aportaron al plenario los contratos suscritos entre la demandante y los terceros, es claro que el restante material probatorio no es conducente o no tiene pertinencia con las pretensiones de la demanda.

123. Sin duda, el testimonio de señor Néstor Ricardo Castillo Cárdenas hubiera sido útil si a la par con él se hubiera acreditado la simultánea contratación de los terceros y de estos con la actora para que prestara servicios al Hospital Regional de Sogamoso E.S.E. Pero que, no se diga la falta de examen del expediente en esta instancia para señalar como el declarante manifestó que conoció a la aquí demandante hasta el año 2017, entonces, si el tiempo demandado fue anterior pues ello es razón de más para insistir en la carencia probatoria.

124. Nótese que la actora se limita a señalar que “esa supresión fue ficticia y basada en consideración que si bien desconocemos, **podemos razonadamente inferir** que las razones que haya tenido la empresa para realizar tal supresión **no corresponden a la realidad**, por cuanto

²⁰ “PREGUNTADO: Doctor usted antes habló, valga la redundancia de un antes y un después del Hospital Regional de Sogamoso, ilústrele al despacho si para la prestación del servicio de salud los horarios que tenía establecidos el Hospital Regional de Sogamoso para el personal de planta de esta época fueron iguales o si cambiaron en algún sentido para el personal que fue vinculado por intermedio de otras empresas. CONTESTÓ: No variaron. Lo que varió fue el número de profesionales que egresaron, porque si antes teníamos dos médicos de 7 a 1, 2 a 7 por el número y el volumen pues obviamente no eran 1,2 sino eran 4, pero con el mismo horario o eran 6 con el mismo horario y los que laboraban de acuerdo a los turnos en las horas de la noche, antes recuerdo que incluso trabajaba uno solo médico en la noche, ya en este momento pueden ser hasta 6 médicos en la noche, pero con el mismo horario, simplemente el número de profesionales. Ese horario quine lo da el Hospital de Sogamoso la subgerencia científica y la gerencia dice que el horario del hospital para atenciones es este y se tiene que acomodar a esto horarios, sea modalidad de turnos o no sea modalidad de turnos, pero estos son los horarios establecidos, tanto así que, si existía alguna modificación de horarios quien me generaba la modificación de los horarios era la subgerencia o la gerencia y le decía pruebe, haga y genere como horarios de 10 de la mañana a 10 de la noche, modifique ese horario como para tener un área de hora pico con un número mayor de médicos, como es la hora pico de medio día, o como la hora pico que es de 5 de la tarde a 9 de la noche, entonces para que haya un médico adicional, porque si salía a las 7 se necesitaba un médico, pero si salía a las 10 teníamos un médico más, pero esos horarios y la modificación de los mismos pues eran ordenados por el hospital. [Min. 36:39 y 37:13]

PREGUNTADO: De acuerdo con lo que usted acaba de decir, debo entender que ¿el hospital suprimió cargos de planta, pero vinculó mayor cantidad de personal a través de otras empresas? CONTESTÓ: Efectivamente, a veces ni siquiera los suprimió, sino que, simplemente la vinculación se acaba y mañana ustedes está por esta empresa, pero son los mismos y de acuerdo pues a las necesidades del servicio si el hospital requiere más simplemente da la orden hay que contratar más. [Min. 39:00 y 39:12]”

es claro que la E.S.E. lo que hizo fue hacerse de trabajadores pagándoles menor valor que el establecido para los cargos de la planta de personal, buscando así **AHORRARSE** un dinero a costa de los derechos de los trabajadores”, asertos que, además de carecer de respaldo probatorio, desbordan el marco competencial del caso, pues, se reitera, el acto demandado no retiró a la demandante por supresión del cargo, sino que le negó el pago de prestaciones sociales por servicios que se afirman prestados luego de ese hecho.

125. Y es que fue tan precario el ejercicio probatorio del demandante que se limitó a allegar:

- * Constancia expedida por la Procuradora 121 Judicial II sobre la conciliación extrajudicial.
- * La petición presentada ante la E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso y el acto acusado.
- * La “impresión de pantallazos del Registro Especial de Prestadores de Salud del Ministerio de Salud y en los cuales se constata que la Empresa convocada oferta y presta los servicios de **medicina** en las sedes que tiene habilitadas para prestar el servicio público de salud en la ciudad de Duitama (sic)” (f. 15).
- * Proyecto de ley que pretende restringir el uso de los contratos de prestación de servicios.
- * Las peticiones por medio de las cuales se deprecó la copia del manual de funciones y de los contratos celebrados con las empresas que han suministrado personal.

126. Aunado a lo anterior, tal como lo advirtió el juez a quo, anunció como prueba “Contratos celebrados entre las empresas intermediarias y Marcela Sánchez Barriga”, pero **no fueron anexadas a la demanda**. Tampoco se solicitaron pruebas.

5.3.3. Sobre los contratos suscritos a partir del 22 de mayo de 2017:

127. Ahora, en el plenario también reposan los siguientes contratos suscritos por la E.S.E Hospital Regional de Sogamoso:

Contrato No.	Contratista	Plazo	Objeto
188 de 2017 (f. 260)	<i>Temporal Industrial TEMINCO S.A.S.</i>	<u>22 de mayo a 30 de junio de 2017</u> <i>Otro si 1: 1 a 15 de julio de 2017 (f. 276)</i>	<i>Prestación de servicios profesionales en la medicina general, para la realización de consulta de urgencias, consulta de puerperio, atención de urgencias, hospitalización y realización de procedimientos de dicha área a los pacientes que acuden al hospital prestando el servicio con oportunidad, eficiencia y eficacia.</i>
226 de 2017 (f. 282)	<i>Temporal Industrial TEMINCO S.A.S.</i>	<u>16 a 31 de julio de 2017</u>	

128. En el primero, es decir, en el **Contrato No. 188 de 2017**, se establecieron las siguientes a cargo del contratista, TEMINCO S.A.S.:

i. Obligaciones específicas:

- * Médicos generales proceso urgencias y hospitalización:

129. Para este asunto, se pactó lo que a continuación se transcribe:

*“(...) La permanencia en el servicio se efectuará en turnos preferencialmente de seis (6) a doce (12) horas, **con programación previamente pactada con el hospital** y en concordancia con las necesidades de horas que se requieran para cubrir adecuadamente las diferentes áreas, de acuerdo con las normas propias de la profesión o actividad y con los profesionales incluidos en la propuesta presentada al Hospital. No obstante lo anterior, la duración de los turnos podrá flexibilizarse principalmente para los fines de semana y festivos. En general el servicio de urgencias se cubrirá en forma permanente, las 24 horas al día, siete días a la semana. El servicio se cubrirá con 48 horas/médico en el día y 24 horas/médico en la noche en días ordinarios. En los domingos y festivos, se disminuirá en 12 horas/médico en el día, de acuerdo al comportamiento del servicio. Se reconocerán 126 horas de coordinación. El cubrimiento de la sala de partos se efectuará hasta 18 horas al día en días hábiles y 24 horas en días festivos. Estos requerimientos variarán de acuerdo a la disponibilidad de ginecólogo, ya que de tenerse el refuerzo de Ginecólogo en sala de partes no se programará médico general. El cubrimiento de hospitalización y traslado medicalizado se realizará con médico hospitalario, que se programará las 24 horas al día. Cada profesional no puede pasar de 192 horas en programación de agenda mensual, aunque se reconocerá las horas extras que se generen por encima de esta intensidad, con previa autorización del supervisor del contrato. En caso de que las horas extras que se generen en situación de traslado en ambulancia, se entienden ya previamente autorizadas. Se dejarán igualmente 24 horas de cobertura de médico para la realización de Triage. Todos requerimientos variarán en determinadas circunstancias especiales en las cuales se necesitará el concurso de más profesionales.” (f. 264).*

130. Luego, frente al desarrollo del servicio de urgencias, se dispusieron las siguientes obligaciones a cargo del contratista:

“1) cumplir la permanencia con presencia real del profesional del respectivo servicio dentro de la institución durante todo el tiempo de turno. El inicio y terminación del turno debe ser a la hora acordada y no otro, de acuerdo a la programación establecida en coordinación con la Subgerencia Científica del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E 2) Realizar consultas, valoraciones, procedimientos especiales de Urgencias de acuerdo al nivel de complejidad con los recursos tecnológicos disponibles. 3) propender por el adecuado conocimiento y aplicación de guías y protocolos de manejo y en especial las del código rojo, código azul y código verde. 4) realizar el Triage para priorizar la atención de los pacientes. 5) Apoyar los diferentes servicios en los cuales sea requerido su concurso. 6) pasar la revisar del servicio en cada turno (2 veces al día. 7) diligenciar las historias clínicas con letra legible y clara, evitando el uso de siglas o abreviaturas no convencionales, anotando la fecha y hora de la valoración y registrando su firma y sello de quien diligencia. En sala de partos se deberán diligenciar todos los formatos contemplados en la estrategia IAMI, incluyendo el registro del partograma, formato de paciente obstétrica con movilidad materna extrema. 8) Al momento de dar salida a los pacientes se deberá registrar en la historia clínica las recomendaciones dadas al mismo, los cuidados que debe tener (...) 9) diligencias la epicrisis y/o los procedimientos realizados y las ayudas diagnósticas solicitadas, la evolución del paciente y su condición al salir, junto con las recomendaciones y/o controles a seguir. (...) 10) realizar únicamente los procedimientos autorizados por el Hospital garantizando la oportunidad y calidad en la prestación del servicio. 11) **respetar las normas y reglamentos del HOSPITAL sin perjuicio de la autonomía, independencia e iniciativa de los profesionales y demás personal requerido en las gestiones o actividades encomendadas en concordancia con la lógica científica.** (...) 14) responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes, elementos y equipos entregados por el HOSPITAL para el desarrollo de las actividades convenidas y no utilizarlos para fines o en lugares diferentes a los estipulados. 15) Seguir los protocolos de atención que para el servicio tiene establecidas el hospital y participar en su revisión, construcción, socialización y adherencia. (...) 17) el contratista **deberá entregar al hospital** la programación del personal que cubrirá los diferentes servicios, a fin de poder efectuar un seguimiento a la adecuada marcha del servicio. (...) 23) seguir los protocolos de atención, guías de manejo, normas de bioseguridad que para el servicio tiene establecido el hospital. 24) demostrar una adecuada presentación personal con el uso de uniformes y batas de acuerdo con el modelo institucional establecido; (...)” (f. 265-266)

ii. Obligaciones generales:

131. Y, entre las obligaciones generales del contratista, se estipularon las siguientes:

- * Suministrar el personal en misión según los cargos relacionados para los cuales se debían generar los contratos laborales.
- * Pagar oportunamente al personal el salario y prestaciones sociales a que tenga derecho, así como cumplir con los aportes a salud, pensión, riesgos

profesionales y a la respectiva caja de compensación familiar, en los porcentajes que exigía el contrato laboral.

- * Responder por la relación laboral del personal en misión y reconocer las horas extras
- * **Suministrar la dotación completa para todas las personas a su cargo, dependiendo las actividades que desarrollaran.**
- * Hacer uso y custodia adecuada de las instalaciones, bienes y equipos del hospital.
- * Dar cumplimiento de los protocolos, procesos y procedimientos aprobados por el hospital para cada servicio.
- * **Suministrar los elementos de protección personal necesarios para sus trabajadores en cantidad y calidad.**

132. Por su parte, la entidad contratante, E.S.E Hospital Regional de Sogamoso, tenía como obligaciones, entre otras: (i) impartir las directrices y orientaciones generales para el desarrollo del contrato; (ii) facilitar los espacios físicos, los equipos y elementos para el cumplimiento del objeto contractual.

133. Aunado a lo anterior, se dispuso que el contratista podía tener sus medios de producción para cumplir con las actividades ofertadas. Los bienes de la institución que se utilizaran serían entregados por inventario, a título de comodato o préstamo de uso únicamente para ayuda del desarrollo del objeto ofertado y contratado, sin poder utilizarlo en actividad diferente.

134. Además, entre los negocios jurídicos obrantes en el anexo, obra el Contrato de Trabajo por la Duración de la Obra o Labor Terminada No. 4622 suscrito por TEMINCO S.A.S. con la señora Marcela Sánchez Barriga, en el cual se estipularon las siguientes cláusulas:

*“PRIMERA: OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR: **a partir del 22 de mayo de 2017** EL TRABAJADOR ingresa al servicio del EMPLEADOR, comprometiéndose a) A poner el servicio del EMPLEADOR toda su capacidad de trabajo en el desempeño de las funciones propias del oficio contratado y en las anexas y complementarias **de conformidad con las ordenes o instrucciones que le imparta EL EMPLEADOR o los superiores jerárquicos del establecimiento al cual ha sido asignado EL TRABAJADOR** (...) b) A cumplir el contrato de manera cuidadosa y diligente en el lugar, tiempo y condiciones que EL EMPLEADOR le señale y de acuerdo con los horarios que le fijen conforme a las necesidades del servicio (...). f) a cuidar y manejar con*

*esmero y atención las máquinas, herramientas utensilios, materias primas, productos en proceso o terminados, instalaciones y demás bienes del establecimiento donde preste sus servicios y evitar todo daño o pérdida que cause perjuicios a su propietario. G) obtener el reporte de tiempo de trabajo y entregarlo a las oficinas del EMPLEADOR a más tardar el lunes siguiente a la semana trabajada. h) Acatar reglamentos de la empresa usuaria y del EMPLEADOR (...) SEGUNDA. DURACIÓN DEL CONTRATO. La labor contratada es la prestación de los siguientes servicios: **MÉDICO GENERAL** La cual durará por el tiempo estrictamente necesario solicitado al EMPLEADOR por la empresa usuaria **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE SOGAMOSO** (En consecuencia este contrato terminará en el momento que el la (sic) empresa usuaria comunique al EMPLEADOR que la obra o labor determinada ha culminado sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna) (...) SÉPTIMA: EL TRABAJADOR tendrá derecho a las prestaciones sociales reconocidas por la ley en su favor, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en cada caso.” (f. 282-283 Anexo)*

135. Y los comprobantes de pago realizados por la misma sociedad a favor de la demandante de mayo (f. 27 anexo), junio (f. 55 anexo) y julio de 2017 (f. 80 y 277 anexo) por concepto de salario y prestaciones sociales. A folio 281 anexo obra comunicación a la demandante de terminación de labores el 31 de julio de 2017, toda vez que el Hospital Regional de Sogamoso dio por terminada “la labor para la cual fue contratado”.

136. Hasta aquí, obsérvese que, en el contrato de prestación de suscritos por la empresa de servicios temporales y la entidad demandada, se estipuló expresamente que:

- * La permanencia en el servicio se garantizaría a través de turnos **pactados** con el hospital; el inicio y la terminación de estos debía ser a la hora **acordada**, de acuerdo a la programación establecida **en coordinación** con la Subgerencia Científica del Hospital Regional de Sogamoso E.S.E.
- * Se realizarían únicamente los procedimientos autorizados por el hospital y respetarían los reglamentos del mismo **sin perjuicio** de la **autonomía, independencia e iniciativa de los profesionales**.
- * Se debían seguir los protocolos de atención establecidos por el hospital y participar en su construcción y socialización.
- * La contratista, es decir, TEMINCO S.A.S debía **entregar al hospital la programación del personal que cubriría los diferentes servicios**.
- * El contratista debía suministrar **la dotación** de los profesionales, así como los elementos de protección personal necesarios.

* La ESE se limitaría a facilitar las instalaciones.

137. De acuerdo con lo anterior, la designación de los turnos no era una tarea exclusiva de la E.S.E. aquí demandada, sino que se desarrollaba en coordinación con la sociedad contratista, pues esta era la encargada de entregar la programación y designación de los profesionales; además, era a esta última a la que los galenos debían presentar los informes de gestión semanal.

138. Ahora bien, en la audiencia de pruebas realizada el 5 de junio de 2019 (f. 624), se practicó el testimonio del señor **Néstor Ricardo Castillo Cárdenas**, quien manifestó:

*“Bueno señor Juez, yo laboré con el Hospital Regional de Sogamoso durante casi 28 años y la última función que tuve en el hospital fue como **coordinador del servicio de urgencias del Hospital de Sogamoso**. (...) La función del hospital, como hospital de segundo nivel y siendo público nunca varió, ni en el servicio de urgencias ni nada. Para resumir ya con la doctora Marcela Sánchez, supe de ella que laboraba desde el año 2014 en la consulta externa del puerperio, que tenía el Hospital de Sogamoso como desde febrero del 2014. Supe de ella de nombre inicialmente porque tanto la gerencia como la subgerencia porque ya para el año 2014 pues no existía ningún nombramiento de planta, sino por empresas asociadas para la contratación y para prestar el servicio del hospital, que la inscribiera en la lista de turnos para pagos, siendo de consulta externa, es decir, yo como coordinador del servicio de urgencias **mi función era elaborar las listas de turnos por orden de la gerencia o subgerencia** y que, por ejemplo los que estaban de consulta externa para poderlos contratar o pagarles los tenía que inscribir en la lista de turnos para los pagos, y pues **simplemente anotaba el nombre de la doctora Marcela sin conocerla** para que se le pudiera pagar por intermedio de las empresas, a las cuales el hospitales había delegado la contratación. Ya en el año 2015 como el marzo, me dicen que tenía que asignarle uno turnos en el servicio de urgencias por las mismas empresas, pero por orden de gerencia o subgerencia, porque parecía que a la doctora le habían disminuido unas horas de consulta y que había que cuadrar un tiempo mayor de horas de servicio, pero en el servicio de urgencias, entonces como desde marzo de 2015 la conocí, pero ya asignándole también algunas horas adicionales a las que tenía en consulta externa en el servicio de urgencias, ya pues laboró con el servicio de urgencias y **ya lo conocí hasta el año de 2017, 31 de julio donde renunciamos una cantidad de médicos del hospital**. Más o menos es esa la vinculación [Min. 12:39 y 13:15]”*

139. Luego, sobre los turnos que debían cumplir los empleados, indicó:

*“PREGUNTADO: Manifieste al despacho ¿si la asignación de turnos bien fuera por consulta externa o como usted lo ha manifestado en el área de urgencias, esa asignación se hacía de manera impositiva por parte del hospital a la doctora Marcela Sánchez, o ella podía modificar o por lo menos solicitar la modificación de esa asignación? CONTESTÓ: Pues realmente ninguno de los médicos que laborábamos allá podíamos modificar la asignación que se daba. **La asignación fue delegada en mí para hacer las asignaciones, igual yo...** si me permite el señor juez me extiendo en la parte personal para poder explicar la de los demás (...) yo fui delegado por la gerencia en su momento*

como coordinador del servicio no me delegó ninguna de las empresas como coordinador y dentro de las funciones de la coordinación no solo la parte asistencial, **sino en general la lista de turnos...** la lista de turnos pues tenía que llevar por el número de horas el aval del hospital, y una vez se asignaban con el número de horas para cada uno de los profesionales, pues no eran modificados por ninguna de los profesionales. [Min. 17:04 y 18:53]

PREGUNTADO: Esa lista de turnos, cuando manifiesta usted que no podían modificar, ¿cuál es la razón de por qué no se podían modificar? **CONTESTÓ:** Porque no es solo la doctora Marcela sino 30 médicos, una modificación de un listado de turnos pues es un problema administrativo y para la adecuada prestación del servicio todos **tienen que cumplir su horario y tienen que cumplir la asignación de turnos.** Esa asignación de turnos, si bien existía un formato que elaborábamos inicialmente pues con el hospital y después permanentemente lo hacía yo, la idea es que todos cumplieran y tuvieran si era un horario de seis horas o para ocho horas en promedio de acuerdo al número de horas mensuales, entonces tenía que cumplir cada uno su horario, además se asignaban algunos turnos de fin de semana y algunos turnos de noche porque es un turno de ... no es consulta fija sino de rotación por la modalidad de asistencia de un servicio de urgencias, entonces una vez asignados pues no tienen como modificarlos, a no ser que sean con permisos especiales en las solicitudes de modificación, permisos que yo podía aceptar y firmar mientras pudiéramos cumplir con el reemplazo pertinente y muchas veces debían tener el aval de subgerencia científica del hospital. [Min. 18:56 y 19:06]

PEGUNTADO: Manifieste si los turnos a que usted ha hecho referencia, obedecían a una programación para garantizar la prestación del servicio en beneficio de los pacientes y del objeto social entidad Hospital Regional de Sogamoso. **CONTESTÓ:** La gerencia y subgerencia me decían para la asignación de turnos tiene usted un número determinado de horas que son 3000 o hasta 3500 horas, con una prolongación de tantas horas que son extras, entonces usted tiene que asignar con el número de profesionales que se cumplan para ... de acuerdo al tiempo de contratación, porque que hay algunos que de 6 horas contratadas, entonces tenían que cumplir 144 horas, entonces de acuerdo al número médicos, asignarles el número total de horas, con la posibilidad de que tampoco se excedan en horas noches o festivas cuando se pagaban, pero ya después obviamente o se pagaban sino era un salario digamos la hora noche, día tenía que valer lo mismo, el valor de la hora lo asignaba el hospital para las empresas, eso es lo que ustedes tienen que pagar y lo que hacía yo era simplemente asignar, pero el cupo para la asistencia adecuada de los pacientes que acudían al servicio, era de tantas horas asignadas por el hospital, ustedes no pueden pasarse de tantas horas porque el hospital tenía que pagarle a la empresa el número de horas para que ellas hicieran los pagos correspondientes, entonces no era modificable en primer lugar, y en segundo lugar el cupo de horas establecidas las daba el hospital, y tampoco podía pasar cierto número de horas. La forma en que se trató a la doctora pues era aumentarle el número de horas inicialmente a 6 horas luego a tiempo completo, entonces tiene que cumplir un horario mensual de 196 horas. [Min. 20:40 y 20:59]

140. Sin embargo, al interrogarle si en esa programación cumplía una jornada específica en la mañana, en la tarde o en la noche o, si era rotada en esos horarios, el testigo se limitó a hacer afirmaciones generales **sin narrar la situación concreta de la ahora demandante.**

“PREGUNTADO: Indíquese si en esa programación a que ha hecho referencia la doctora Marcela Sánchez, cumplía una jornada específica en la mañana, en la tarde, en la noche o era rotada en esos horarios. CONTESTÓ: De acuerdo a las necesidades del servicio era rotada, o tenía una semana en la mañana, o tenía una semana en la tarde, tenía un fin de semana y algunos turnos que se le asignaban de noche, era rotado pues cada mes de acuerdo a las necesidades y de acuerdo a la programación del número de horas al mes, porque hay meses que tenían más horas y tenía que generar otro tipo de horario, e incluso había ocasiones en que el hospital maneja internos, los internos son utilizados pues, no siendo médicos graduados era un apoyo, entonces disminuye el número de horas que puede tener un médico, no en el sentido que lo reemplace, sino que ese apoyo me puede dar que un médico puede dirigir 3 internos, y eso me disminuye que no tenga 2 médicos sino 3 internos, pero no es que reemplace un médico, simplemente nos va a facilitar un número mayor de atención de pacientes. De esa manera cuando no habían internos, cuando hay los cambios cada seis, cinco meses hay cambio de internos, pues me tocaba decir, este mes no hay internos pisos no internos en tal servicio, entonces me tocaba rotar y doblar los horarios de los médicos, entonces tenía que pedir autorización, si normalmente ustedes me asignan 3200, 3800 horas, cuando no hay internos tienen que asignarme 4000 horas, de tal manera que yo pueda coger los médicos y generar horarios adicionales para el cumplimiento de asistencia, entonces ya el médico de 6 horas tiene que pasarme por extras a 8 horas, el médico de 8 horas entonces me acepta una extras del al menos el 10% o el 20%, entonces de acuerdo a las necesidades pues tenía que ubicarlos, pero con tiempo sabíamos cuándo se podía hacer la programación y cuando no, y pues esa órdenes realmente pues venía de la subgerencia o gerencia que decían no va haber internos, tenemos una contingencia en tal parte, asigne médicos para tal parte, o algún otro ejemplo, tenemos que sé yo la visita del presidente, porque así sucedió, entonces tiene que asignarme dos médicos en la ambulancia, asignarme todos ... todas son órdenes que recibía para poder asignar los horarios extra. [Min. 22:54 y 23:08]”

141. Lo mismo ocurrió cuando se le preguntó si la demandante había manifestado alguna dificultad en cumplir con las asignaciones de los turnos:

“CONTESTÓ: No ninguna, señor Juez. Cuando hacían solicitudes respetuosas, porque yo les decía hagan las solicitudes si tienen un inconveniente ante de generar los turnos, entonces sí, tenemos derecho como seres humanos a solicitar un permiso o a tener una calamidad, entonces, no es que si tiene una calamidad de salud tiene derecho a su tiempo calamidad de salud, no me toca conseguir o que el mismo profesional consiga el reemplazo, entonces eran circunstancias de ese tipo, pero igual podían hacer una solicitud respetuosa para poder hacer modificaciones cuando hay un tiempo adecuado porque es un servicio que demanda una asistencia permanente, y es una rotación permanente de pacientes. [Min. 25:45 y 25:59]”

142. Más adelante, sobre las **órdenes o instrucciones**, el deponente expuso:

“CONTESTÓ: Si señor juez, existía un nivel. Inicialmente se supone que debe dar cuentas y debe recibir órdenes de la coordinación médica en caso de algún inconveniente o había que tratar más pacientes, o modificar alguna condición laboral en ese momento, pero así como, no solo ella sino cualquiera de los médico de allá podría recibir y de hecho recibieron instrucciones tanto de la

subgerencia científica, como de la gerencia, en cualquier momento ellos podían dar instrucciones de la labor que se estaba desarrollando, y no es solamente la doctora Marcela, cualquiera de los médicos que estuviéramos laborando incluso yo. [Min. 31:36 y 31:51]

*PREGUNTADO: Esas instrucciones que usted ha manifestado, ¿podrían llamarse órdenes o actividades de coordinación de las actividades de los médicos? CONTESTÓ: La coordinación estaba en cabeza mía, **pero un subgerente científico también coordina** y también ordena desde el punto de vista asistencial, desde el punto de vista de lo que se debe hacer e incluso la gerencia [Min. 32:39 y 32:48]”*

143. Conjuntamente, sobre las funciones que desarrollaba la demandante, **sin especificar la época**, el testigo manifestó:

*“PREGUNTADO: Mencionó usted en respuesta dirigida al señor Juez que la doctora Marcela realizaba consulta externa de puerperio ¿corresponde dicha labor a la función misional del Hospital Regional de Sogamoso? CONTESTÓ: Sí. Como el hospital su centro fuerte se supone que es la parte ginecoobstetricia y en este momento en la ciudad es la única institución que presta este servicio de ginecoobstetricia y desde hace mucho tiempo, porque los otros servicios del hospital las demás instituciones no son habilitados solamente el del hospital, entonces el hospital tiene una consulta especializada, porque la tiene consulta general, pero dentro de esa consulta, adicional esta la consulta de puerperio, o sea la atención de todas las señoras que han tenido su parto en el hospital, esa consulta externa de puerperio que era coordinada, dirigida y realizada por médicos generales creo que eran dos, **luego tres médicos generales y dentro esos era la doctora Marcela; yo no sabía que ella trabajaba pues con el hospital porque uno no tiene mucho contacto con la parte de consulta externa**, conocí su nombre porque me dijeron ella es de consulta externa, ingrésela a la lista de horas como consulta externa, para que las empresas que están contratadas y haciendo los pagos le paguen a la doctora, entonces por ahí fue por donde conocí el nombre de la doctora Marcela y ya después sucedió lo demás. [Min. 42:28 y 42:46]”*

144. Entonces, si bien con el testimonio del señor Castillo Cárdenas se puede evidenciar que la demandante trabajó en la E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso, no puede determinarse que las funciones indicadas hayan sido desarrolladas entre mayo y julio de 2017, periodo que ahora se examina.

145. Aunado a lo anterior, como se anticipó, se evidencia que el deponente tenía pleno conocimiento del funcionamiento de la entidad, sin embargo, sus dichos se dirigieron a explicarlo de forma general sin descender al caso de la demandante, es decir, sin explicar cuáles eran sus horarios, en qué momentos asistió a las reuniones o cómo desarrollaba su función.

146. En un caso similar, la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia de 15 de octubre de 2019, en el proceso radicado con el número 52001-23-33-000-2013-00185-01(4175-15) y con ponencia de la Consejera Doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez, argumentó:

“(…)

En cuanto a la (ii) subordinación, de las pruebas obrantes dentro del proceso, se aprecian insuficientes para establecer si en igualdad de condiciones que una enfermera de planta la actora recibió y ejecutó órdenes, cumplió horarios o se vio sometida a reglamentos, siendo que en el Contrato Individual de Trabajo referido se pactó el compromiso de la actora al **“cumplimiento de los indicadores de gestión y productividad determinados por el ‘hospital’**

De otra parte, no se acreditó el cargo equivalente y sus funciones, y sin noticia del monto de la remuneración percibida es imposible determinar si en este caso se estuvo ante la ejecución de una labor en igualdad de condiciones a las de un funcionario de planta.

Así mismo, los cronogramas de turnos que obran para el personal de enfermería (año 2012) (fl.34) fueron propuestos por la C.T.A “Multiactivos de Colombia”, tal como la sanción impuesta por el hospital y que fuera aplicada por la misma Cooperativa (fl.50), indicador de la necesaria coordinación que debía realizar el tercero en la relación contractual. Y es que de acuerdo a los criterios desarrollados por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 171 de 2011, el presente caso no contiene los criterios de “igualdad” en cuanto no se probó que las funciones desempeñadas por la actora se ejecutaron en igualdad de condiciones a las de una enfermera de planta, ni como se señaló con “criterio de continuidad” entre los contratos, por demás frente al cumplimiento de un horario, bajo el criterio “temporal o de habitualidad”, ello no fue probado y al tener que realizarse las actividades propuestas dentro del periodo de atención del HOSPITAL solo revela, obedeció al desarrollo eficiente de la actividad encomendada. Se aclara en mayor medida este panorama con lo expuesto por esta Sala en pronunciamiento del 31 de mayo de 2016¹⁵, en donde el tema del contrato realidad y la subordinación fueron ampliamente desarrollados, de tal forma, la Subsección “B” en ese entonces resolvió:

“Atendiendo lo dispuesto en la norma precitada, esta Sección ha sostenido que 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 actividad encomendada, lo cual incluye el **cumplimiento de un horario**, o el hecho de recibir una serie de **instrucciones de sus superiores**, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.”

Encuentra la Sala, que antes de probar una relación subordinada, lo que se establece es que **la demandante tenía la liberalidad e independencia para contratar, como en efecto lo hizo, con otras entidades y cooperativas distintas a las que intermediaron sus servicios con el HOSPITAL DE NARIÑO.**

En todo caso la totalidad del acervo probatorio solo consigue demostrar el vínculo contractual entre las Cooperativas y el Hospital de una parte; de la actora con las Cooperativas, de otra parte, más **no es posible establecer ningún tipo de relación laboral entre el Hospital y la demandante, que es lo que se pretende probar,** y sin documental o testimonial que verifique su existencia, se denegaran las pretensiones de la demanda.”

147. A su turno, en la sentencia proferida el 26 de julio de 2018 por la Subsección “A” de la misma sección, en el proceso con número de radicación 73001-23-33-000-2013-00661-01(4689-14) y con ponencia del Doctor William Hernández Gómez, en un caso semejante, se explicó:

“En cuanto a la subordinación o dependencia continuada, itera esta Subsección que el objeto contractual de los contratos suscritos entre la E.S.E. y el señor Oscar Jiménez no era otro que el de prestar servicios profesionales a la empresa en su calidad de médico general.

En el sub examine, la entidad demandada alegó, en el recurso de apelación, que no se demostró la subordinación y dependencia continuada pues no se aportaron pruebas que dieran cuenta de que el demandante recibía órdenes e instrucciones por parte de los funcionarios del ente hospitalario, o que estuviera en la obligación de cumplir un horario impuesto por esta.

Así, se tiene que la relación laboral fue reconocida por el a quo con sustento en la continuidad en la prestación de servicios por nueve meses y la labor desempeñada como médico general que, por su naturaleza, consideró el tribunal, es una labor netamente subordinada.

No obstante, para la Subsección, el a quo omitió motivar las razones por las cuales consideró que el ejercicio de la actividad de médico general es, por naturaleza, subordinada. Conclusión que además no encuentra sustento fáctico o jurídico en tanto que, si bien la labor ejercida por el señor Oscar Jiménez en la entidad demandada pudo no ser autónoma e independiente como lo exige el contrato de prestación de servicios, correspondía al demandante demostrar el elemento de la subordinación para declarar la existencia de la relación laboral.

*En ese sentido, la Corporación **no encuentra ningún medio de prueba documental en el proceso que permita inferir que el demandante recibía órdenes e instrucciones sobre la forma en que debía prestar sus servicios o ejecutar los contratos.***

*Tampoco se advierte la existencia de llamados de atención, memorandos, comunicaciones, circulares, u otros medios a través de los cuales se hubieren dado dichas órdenes o en las que se le informara que estaba obligado a cumplir con un horario laboral impuesto por el hospital, **o que la prestación del servicio debiera desarrollarse exclusivamente con los elementos e insumos suministrados por esta.***

Ahora, si bien se infiere que la prestación del servicio era en las instalaciones del hospital, dicha situación por si sola no es constitutiva de subordinación continuada, ello en tanto que, pese a constituir un indicio de esta, no se advierte del caudal probatorio la obligación del demandante de ejecutar las labores contratadas de manera exclusiva en el Hospital San Rafael, lo cual, se itera, correspondía a la parte demostrarlo.

*Además, recalca esta Subsección que **el ordenamiento jurídico no prohíbe la contratación por prestación de servicios de personal médico**, pues esta forma de vinculación es procedente cuando las actividades contratadas no puedan realizarse con personal de planta, entre otras.*

En ese sentido, extraña la Corporación prueba de la conformación de la planta de personal de la E.S.E. Hospital San Rafael que permita determinar que en dicha institución laboraban otras personas que podían desarrollar las mismas actividades para las cuales fue contratado el demandante.

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

148. La lectura de las sentencias citadas permite a esta Sala ahondar en razones frente a la inexistencia de material probatorio que demuestre la relación laboral entre la E.S.E. y la demandante.

149. En efecto, como lo sostiene la parte actora, las actividades de urgencias, consulta externa, hacen parte de la naturaleza de la entidad, es decir, se constituyen como actividades intrínsecas que desarrollan la misión de la misma; empero, ello **no puede ser considerado como una presunción legal** que exima a la parte demandante de allegar todos los elementos necesarios que permitan concluir la existencia de la relación laboral.

150. Ha de recabarse que, como se ha discurrido en esta sentencia, a la señora Marcela Sánchez le incumbía probar que, como empleada de **TEMINCO S.A.S**, las órdenes, instrucciones y parámetros para desarrollar sus funciones eran impartidas por **un funcionario de la entidad demandada**; que era entidad quien controlaba el uso de las herramientas o a quien debía rendir informes periódicos, pero como se dejó visto, esto se desarrollaba con la sociedad empleadora, no con la E.S.E.

151. Bajo ese contexto, era la subordinación debía probarse con el Hospital Regional de Sogamoso pues, en todo caso, existía un vínculo laboral con **TEMINCO S.A.S.**, en el cual la demandante percibía su salario y prestaciones sociales. De este hecho tampoco se desprende que la empresa de servicios temporales haya desconocido sus derechos laborales.

152. Ahora, si bien es cierto que en los contratos arrimados al plenario se hizo alusión a que se desarrollarían las actividades en la E.S.E., ello no era suficiente para probar la subordinación, pues en todo caso, se trataba de cláusulas que en nada describían la labor desarrollada por la accionante. Como explicó el Consejo de Estado, las circunstancias de prestar los servicios en las instalaciones del hospital, no son suficientes para demostrar la dependencia laboral.

153. Lo expuesto, agregado a que se encuentra probado que la demandante fue vinculada a **TEMINCO S.A.S** para prestar sus servicios como médica general en la

E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso por aproximadamente **dos meses**, lo cual desvanece el carácter continuo o permanente que caracteriza la relación laboral.

154. Lo anterior también fue sostenido en la sentencia proferida el 19 de abril de 2018, en el proceso radicado con número 13001-23-31-000-2010-00720-01(2292-15) y ponencia del Consejero **Doctor Gabriel Valbuena Hernández**, cuando se indicó que “en el caso en que se labore en la sede de la entidad, ello por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral” y que “el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen 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 prestación de servicios y la administración para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio”. Ello, agregado a que:

“En sentencia proferida por el Consejo de Estado el 15 de septiembre de 2016 se determinó que el accionante no había desvirtuado el contrato de prestación de servicios al no haber probado la existencia de la subordinación, dijo la Corporación:

“ (...) 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; (...) 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.”¹⁰

Debe advertirse, siguiendo el precedente citado, que corresponde al actor probar las condiciones en que realmente cumplió las funciones asignadas, para lo cual debe realizar un exigente ejercicio probatorio. En ese sentido, rige el principio universal de que quien afirma algo debe demostrarlo, es decir, que la prueba aportada debe ser clara y precisa, de tal manera que permita determinar con exactitud que se dio una relación laboral disfrazada de contrato de prestación de servicios, por cuanto al Juez administrativo no le está permitido hacer cálculos o suposiciones para determinar las condiciones reales en que se cumplieron las funciones asignadas al servidor público o contratista.

En el caso bajo análisis, el señor Chica Quintana prestó sus servicios como odontólogo del Hospital de Tiquisio – Bolívar, labor que debía cumplir bajo los parámetros indicados en los contratos suscritos. Nada se alegó ni se demostró dentro de la demanda sobre algunos aspectos fundamentales de la relación laboral, como la subordinación, aspecto que de haberse demostrado, pudiese lograr el propósito del demandante.

En efecto, corresponde al demandante probar las condiciones en que se desarrolla esta clase de actividades profesionales liberales: tales como el horario de trabajo, los manuales de funciones, la planta de personal de la institución, presupuesto asignado a la E.S.E., testimonios o documentales - órdenes o instrucciones por escrito, etc.- que indicaran con precisión y claridad las condiciones en que el señor Chica Quintana desempeñó las funciones contratadas.

De otra parte, se recuerda que en la regulación de los contratos de prestación de servicios estatales, contenida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, se contempla una presunción juris tantum que permite establecer que en ningún caso estos generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

Por lo anterior, al no tener esta presunción el carácter de pleno derecho puede ser controvertida y desvirtuada de manera que quien pretenda la declaratoria de una relación que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio de primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución, tiene el deber de probar que se dan o se pueden demostrar las características propias del contrato realidad.

*Ha dicho esta Corporación que se requiere demostrar **de forma incontrovertible**, además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, la cual se entiende como la facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, es decir que corresponde al contratista que pretende demostrar la relación laboral desvirtuar la naturaleza del contrato estatal.”*

155. A su vez, en la sentencia proferida el 1 de junio de 2017 con ponencia del Consejero Doctor Carmelo Perdomo Cuéter, radicación 15001-23-31-000-1998-03897-01 (1387-12), siendo demandada la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Segovia (Antioquia), la Subsección “B” arguyó:

*“En esta línea de pensamiento, la Sala advierte que si bien es cierto que, en el presente asunto, el actor alega que ejerció en circunstancias de subordinación las actividades convenidas en los contratos u órdenes de prestación de servicios con la entidad accionada, no lo es menos que en el proceso **no existen pruebas que la demuestren, tales como memorandos o circulares, requerimientos, o cualquier otro documento que establezca que él se encontraba bajo la autoridad de algún mando de la entidad accionada**, puesto que, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy 167 del Código General del Proceso (CGP), le incumbe la carga de la prueba.*

En efecto, no debe confundirse la impartición de instrucciones que el contratista reciba (sobre las actividades que debe desarrollar) con la sujeción o dependencia, como lo ha dicho esta Corporación,² pues ello no muestra necesariamente que una persona sea gobernada o dirigida por otra, sino que, por el contrario, deja en claro que, desde el ámbito de las relaciones laborales administrativas, deben desplegarse ciertas reglas para el manejo de las acciones encomendadas: « [...] la circunstancia que la persona tenga un horario o unos parámetros de tiempo para su desempeño (que en ciertas actividades es necesario para cumplir el objetivo del contrato), por sí solo no

puede servir para que se admita que en ese evento existió o debió existir una relación legal y reglamentaria».

*Asimismo, si el accionante pretendía probar que realizó las mismas funciones que los **médicos generales** de planta, con el fin de poner en evidencia una verdadera relación laboral, debió aportar al plenario las funciones que a estos correspondían y las suyas para efectuar el respectivo examen; por ello, se comparte lo expresado por el a quo, en los siguientes términos:*

(...)

Pero este testimonio, al ser analizado de manera conjunta, no demuestra con exactitud que entre el accionante y la entidad demandada existió, más que un contrato de prestación de servicios, una real relación laboral legal y reglamentaria, pues refiere situaciones generales e indefinidas que rodean el trabajo del personal médico, que incluye al accionante, pero no hace alusión a las circunstancias particulares del accionante; y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de octubre de 1990, M.P. Eduardo García Sarmiento,⁸ «el poder demostrativo de la prueba testimonial se examina en función de ser las declaraciones responsivas, exactas y completas». Agrega la Corte:

*Es responsivo el testimonio, cuando cada contestación se relata dando la razón de la ciencia de lo dicho, con la explicación de las circunstancias de **tiempo**, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó el conocimiento del deponente; exacto cuando la respuesta no deja lugar a incertidumbre; y completo, cuando la deposición no omite circunstancias fácticas que pueden ser influyentes o relevantes en la cuestión litigada (Cas. Civ. 28 de marzo de 1984, G. J. No. 2145, página 123).*

Así las cosas, al no desvirtuarse la naturaleza de los contratos u órdenes de prestación de servicios, la Sala estima que, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, y, por ende, el acto acusado quedó incólume.”

156. Otro argumento de la apelación, se concretó en el testimonio de la señora Clara Sofía Granados Morales, quien fungía como gerente de TEMINCO S.A.S. en el año 2017. La parte demandante consideró relevantes las siguientes situaciones:

“...En cuanto a la testimonial de la señora Clara Sofía Granados, es indudable que la misma aceptó que el mismo Hospital era quien les indicaba a quien contratar, que cuando el Hospital realizó la convocatoria, la empresa que ella representaba en esa (sic) entonces (hoy representa otra empresa contratada por el Hospital Regional de Sogamoso para el mismo objeto contractual) tomaba el personal que ya estaba trabajando con el Hospital Regional de Sogamoso, lo que para este apoderado prueba la contratación irregular, ya que cabe preguntarse cómo obtuvo el contrato, si un requisito era contar con personal para ejecutarlo, es decir que el proceso contractual presuntamente es una simulación, pero ya todo está determinado desde la Gerencia del Hospital.”

157. Nuevamente discurre la Sala que la actora desenfocó la prueba, pues si lo acabado de señalar es el aspecto al que se dirige la prueba, de allí no deriva la relación laboral entre la actora y la mencionada S.A.S., sino las posibles irregularidades en la contratación realizada con la ahora demandada²¹. No puede la actora hacer surgir de esta circunstancia, es decir, que la S.A.S. no tenía personal con el cual demostrar su capacidad para contratar con la ESE, la existencia de una relación laboral entre ella y la ESE demandada, esa sería cuando más una prueba complementaria, pero no la esencial del caso, como ya se expuso.

158. Si bien la declarante aceptó que habían tenido en cuenta las hojas de vida de los galenos que trabajaban en la E.S.E, lo cierto es que esto tampoco constituye

²¹ En el testimonio practicado en la audiencia de 5 de junio de 2019, la declarante dijo:

“PREGUNTADO: Le solicito que haga un relato preciso, detallado en cuanto sepa y le conste a usted manifestándole las razones de su dicho, le pido que por favor me indique las circunstancias de tiempo, modo y lugar de manera muy concreta, es decir, en cuanto a personas, lugares o fechas que las indique y también la forma en que usted tuvo conocimiento de lo que vaya a relatar. Puede contestar. CONTESTÓ: Nosotros, yo representaba a una empresa en ese tiempo, en el 2017 una empresa de servicios temporales, legalmente constituida y con autorización del Ministerio del Trabajo como empresa de servicios temporales. Nosotros tuvimos el contrato de médicos generales del Hospital Regional de Sogamoso, con la empresa TEMINCO S.A.S de mayo a junio de 2017. Nosotros por ser una empresa de servicios temporales tenemos, pues tenemos ... enviamos trabajadores en misión al hospital, en donde por la ley la subordinación se le delega al cliente-usuario, en este caso Hospital Regional de Sogamoso. Modo, tiempo y lugar, lo determina el hospital. Nosotros mandamos a los trabajadores en misión y quienes dan las órdenes, los turnos ... por eso se dice modo, tiempo y lugar es el cliente – usuario. Nosotros presentábamos los turnos de acuerdo a como ellos los organizaban, incluso los organizaba directamente los médicos, y a nosotros nos llegaban los informes si hubo algunas horas extras o algo. De resto se generaba la nómina con todas las características de nómina de ley, con un salario, un pago de recargos, n el caso de que hubiera horas extras autorizados por el supervisor del contrato, y pues con todas las prestaciones de ley y el pago de seguridad social en los tiempos requeridos. El pago de la nómina se hacía aproximadamente los primeros 5 días de cada mes, y fueron 3 meses básicamente que tuvimos de contrato. [Min. 1:02:29 y 1:02:54]

PREGUNTADO: Manifieste si la empresa TEMINCO S.A.S que usted indica entro de liquidación, requería algún tipo de habilitación sobre aspectos de enviar personal de características médicas, o para prestar el servicio de médico al Hospital Regional de Sogamoso. CONTESTÓ: Sí, o sea nosotros en las convocatorias, digamos teneos el caso de los médicos, el hospital tiene un grupo de médicos pues que ya viene trabajando con ellos, entonces nosotros tomamos esos médicos, tomamos las hojas de vida hacemos todo el estudio e inician a trabajar en contrato con la empresa de servicios temporales. No sé, tengo entendido que ya venían trabajando con el hospital, el caso es que cuando nosotros ya retomamos las hojas de vida de ellos, y con ellos prestamos el servicio [Min. 1:05:39 y 1:06:01]

PREGUNTADO: Manifieste si cuando la empresa TEMINCO S.A.S. que usted representaba, se presenta o se presentó a la convocatoria que hace el hospital para que le suministre personal médico, usted debía presentar hojas de vida de personas que tuvieran el perfil de médico, de acuerdo a los requerimientos del hospital. CONTESTÓ: Pues la verdad no me acuerdo. No me acuerdo si hubo que presentar hojas de vida, o no, no me acuerdo la verdad como es ese caso, el tema es que nosotros cuando tenemos el contrato con el hospital, nosotros ... la idea es, recibir al personal del hospital que viene trabajando, personal que ya está calificado, está entrenado en el hospital, si se revisan las hojas de vida para garantizar que cumpla, pues porque somos una empresa de servicio temporal, pues tenemos que garantizar que las hojas de vida cumplan, y se presenta la hoja de vida para que trabajen allá en el hospital. [Min. 1:06:36 y 1:06:56]”

indicio que permita establecer la subordinación de la señora Marcela Sánchez Barriga; obsérvese que su función se limitaba a determinar si los empleados cumplían o no con los requisitos exigidos por el hospital.

159. Por otro lado, si bien la testigo manifestó laborar como representante legal de una empresa de servicios temporales que, a la fecha de la declaración había suscrito contrato con el Hospital Regional de Sogamoso, lo cierto es que tampoco en ese caso se allegó prueba documental que permitieran a esta Sala inferir la permanencia en esta modalidad de contratación. En todo caso, esto tampoco da cuenta de la forma como la demandante desempeñaba sus funciones, es decir, de la subordinación y la existencia de la relación laboral.

160. De las pruebas obrantes en el proceso no encuentra la Sala que se encuentre fehacientemente demostrado el tercer elemento de la relación laboral, este es, la subordinación; tampoco se evidencia que se haya demostrado la ilegalidad de la contratación de la demandante a través de la empresa de servicios temporales, como se insistió en esta sentencia, se echan de menos las pruebas que permitan a esta Sala concluir que la entidad demandada disfrazó una verdadera relación laboral a través de la tercerización de los servicios médicos.

161. En ese contexto, echa de menos la Sala los documentos que den cuenta de las actividades que desarrollaba la demandante y la inexistencia del cargo en la planta de personal o la equivalencia de funciones con los cargos de planta; la parte actora se contrajo a señalar irregularidades en el proceso de contratación o en el proceso de reestructuración de la entidad, sin que se allegaran los documentos que respaldaban tales consideraciones.

162. Por lo expuesto, dado que no se probó en debida forma la subordinación ni la ilegalidad en la intermediación laboral, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

5.4. De las costas:

163. Frente a la condena en primera instancia, la parte demandante solicitó sean revocados los numerales cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia, toda vez que, a su juicio, no debe condenarse “a una persona que sanamente busca el reconocimiento de derechos laborales a pagar unas sumas de dinero que resultan injustas...” (f. 663)

164. 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) se dijo:

*“...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.”²²*

*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)*

165. 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 número: 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...”
Resaltado fuera de texto)

166. Considera esta Sala que, **para el momento en que fue proferida la sentencia de primera instancia**, el criterio de la condena en costas en la Sección Segunda del Consejo de Estado **no era pacífico**; en ese sentido, debía debe atenderse a la postura que resulta más favorable a la parte vencida, razón por la cual no procedía la condena en costas en primera instancia.

²² 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 [...]”.

167. En consecuencia, se revocarán los numerales **tercero** y **cuarto** de la sentencia y, en su lugar, se dispondrá que no habrá condena en costas por la primera instancia.

168. Ahora, sobre las **costas de la segunda instancia** se dirá que, dado que en los términos del numeral 3º del artículo 365 del C.G.P., ocurrirá cuando el superior confirme totalmente la del inferior y, comoquiera que en este caso prosperó parcialmente el recurso y se revocarán dos numerales de la sentencia, no se condenará en costas.

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

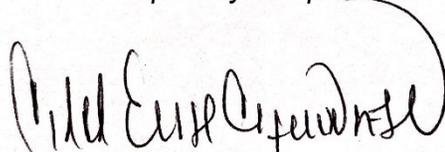
1. **Confirmar** la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, por la cual se negaron las pretensiones de la demanda presentada por Marcela Sánchez Barriga contra la E.S.E. Hospital Regional de Sogamoso, excepto los numerales **tercero** y **cuarto** que se revocan. En su lugar se dispone:

“Tercero: Sin costas en la primera instancia.”

2. Sin costas por la segunda instancia.
3. En firme esta providencia, por Secretaría devuélvase el expediente al despacho judicial de origen, previas las anotaciones del caso.

Esta sentencia fue discutida y aprobada en Sala de la fecha.

Notifíquese y cúmplase.


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ
Magistrada


ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado