



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, 09 de junio del 2020.

REFERENCIA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
DEMANDANTE: ALEXIS MOLINA ROJAS
DEMANDADO: E.S.E. CENTRO DE SALUD JENESANO - BOYACÁ
EXPEDIENTE: 15001-3333-006-2018-00063-00

Agotados los ritos del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, profiere el Despacho sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

La señora **GLORIA ALEXIS MOLINA ROJAS**, por medio de apoderada judicial y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-, demanda a la **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE JENESANO- BOYACÁ- DEPARTAMENTO DE BOYACÁ**, con el propósito de obtener la nulidad del oficio No 100.07.03.140 del 28 de septiembre de 2017 (Fls.49-51) suscrito por el Gerente de la ES.E. Centro de Salud de Jenesano, que **negó** la solicitud de reconocimiento de una relación laboral y el pago de prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó:

- * *Declarar que entre la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE JENESANO- BOYACÁ y la señora **Gloria Alexis Molina Rojas**, Bacterióloga; existió una relación laboral que cobró vigencia entre el 01 de noviembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2016, periodo en el cual se desempeñó como Bacterióloga.*
- * *Que se restablezcan sus derechos y se le reparen los daños causados a la accionante. Sin reintegro ordenándosele el pago de todas y cada una de las prestaciones sociales ordinarias, extraordinarias, compartidas y con fin social, de todo el tiempo laborado, tal como las devengaban los empleados de planta de personal, en los valores que resulten probados.*
- * *Que se le reconozca y se le pague el valor de los intereses moratorios a título de sanción.*
- * *Que la sentencia sea cumplida en los términos del artículo 192 del CPACA.*
- * *Que se condene en costas a la entidad demandada.*

1.3. Fundamentos fácticos

Esboza en el libelo introductorio como sustento fáctico de las pretensiones el siguiente:

.- Que la señora **GLORIA ALEXIS MOLINA ROJAS** fue contratada por **E.S.E CENTRO DE SALUD DE JENESANO- EN EL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ** para prestar sus servicios personales como **BACTERIÓLOGA** desde el día **01 de noviembre de 2013 al 31 de agosto de 2016.**

.- Señala que la vinculación se efectuó mediante sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales así:

- a-) 100.07.03.004-2013
- b-) 100.07.03.038-2014
- c-) 100.03.043-2014
- d-) 100.07.004-2015
- e-) 100.07.03.01-2015
- f-) 100.07.03.034-2015
- g-) 100.07.004-2016
- h-) 100.07.03.037-2016
- i-) 100.07.03.051-2016
- j-) 100.07.03.058-2016

.- Que las labores aludidas se desempeñaron de manera ininterrumpida, según turnos para tal efecto fijados todos los días 7 am a 1:00 pm (6 horas) y los días martes asistía a reuniones para coordinar y programar actividades hasta la siete de la noche.

.- Que no le fueron canceladas sus prestaciones laborales y sociales como a los demás empleados de la E.S.E. Centro de salud de Jenesano- Boyacá- Departamento de Boyacá.

.- Que la demandante hizo los aportes a salud, pensión y riesgos profesionales sobre el valor de un salario mínimo mensuales legal vigente, durante los periodos laborados como bacterióloga en la E.S.E Centro de Salud de Jenesano.

.- Que se elevó derecho de petición el 14 de agosto de 2017, en donde se solicitaba se le reconocieran las prestaciones sociales que le correspondía por haber laborado para la E.S.E Centro de Salud de Jenesano como bacterióloga, durante el periodo del 1 de noviembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2016, solicitando se le reconozcan, liquiden y paguen, todas las prestaciones sociales a que tiene derecho tales como vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicios prestados, cesantías e intereses sobre las cesantías, y los aportes a pensión y a salud.

.- Que la **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE JENESANO**, mediante **oficio No 100.07.03.125 del 31 de agosto de 2017**, manifestó que proferiría decisión frente al derecho de petición dentro de los 30 días siguientes.

.- Que la **E.S.E CENTRO DE SALUD DE JENESANO**, mediante Oficio 100.07.140 del 28 de septiembre de 2017 suscrito por la Gerente de la E.S.E CLARA MERCEDES ROJAS JAIME, se pronunció **NEGANDO** la reclamación solicitada.

Señala que en el presente asunto se agotó el trámite conciliatorio, como requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa a efectos de obtener la nulidad del acto administrativo por medio del cual la entidad demandada negó las reclamaciones de la actora y obtener el restablecimiento cabal e íntegro de sus derechos.

1.4. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulnerados los artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53, 83, 121, 122, 123 y 209 de la Constitución Política; el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; artículos 1,19 y 21 de la ley 909

de 2004, sentencias de la Corte constitucional tales como la T-047/95, T706 DE 1998, la C-B55 DE 1994 y la C- 154 de 1997; Lay 1437 de 2011 en su artículo 3o.

Sostuvo que en la relación de la señora Gloria Alexis Molina Rojas con la entidad demandada, se encuentran acreditados los elementos de la relación laboral, por lo cual, en virtud del principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formas, con independencia de la denominación que le hayan dado a la referida relación, la misma reviste carácter laboral. Así, como quiera que en ningún momento la trabajadora contó con autonomía e independencia para el desarrollo de sus funciones, se desvirtúa la presencia del elemento principal del contrato de prestación de servicios.

Aseguró además lo siguiente: *"... (...)... que al celebrarse los contratos de prestación de servicios, al establecer la inexistencia de relación laboral administrativa, al no reconocer y pagar las acreencias pedidas como PSICOPEDAGOGA (sic). Ahora, ese derecho al trabajo, en condiciones dignas y justas, es decir, con el derecho a que su trabajo sea remunerado legalmente, fue vulnerado bajo la supuesta contratación de prestación de servicios, pues si en realidad se hubiese actuado legalmente, hubiese existido una temporalidad de dichos contratos, contrario sensu, las funciones desempeñadas fueron permanentes y no mientras se superaba la necesidad... (...)..."*

Señaló además: *"(...)Que desde la entrada en vigencia de la Ley 909 de 2004, a crear la planta de empleos temporales y nombrar, cuyo cargo tenía previamente detalladas unas funciones, y así pagar todas las acreencias laborales dada la primacía de la realidad sobre las formalidades, sin embargo, simplemente se le pagó lo pactado en cada contrato, enriqueciéndose la entidad demandada, a expensas del trabajo subordinado ejercido por quien le entregó su fuerza de trabajo físico e intelectual.(...)"*

Dijo también: *"(...)Que le fue vulnerado el debido proceso Administrativo consagrado en el art. 29 de la Carta Política que también conlleva a ser interpretado en el sentido de la forma de vinculación de la mandante como PSICOPEDAGOGA (Sic) al tenor del procedimiento establecido en los Arts. 1º, 19 y 21 de la Ley 909/04, pero, la entidad demandada se resistió a hacerlo, con la grave vulneración de derechos laborales.(...)"*

Expresó además: *"Se vulneró el Art. 122 de la Carta, ya que si en verdad se hubiese permitido realizar la contratación de prestación de servicios con mi mandante como PSICOPEDAGOGA (sic), se hubiere cumplido realmente con el elemento o característica denominada TEMPORALIDAD, es decir, haberse contratado, por el tiempo estrictamente necesario y no de manera indefinida y prorrogada como se hizo".*

Acusó el acto administrativo demandado de falsa motivación, toda vez toda vez que, al observar el contenido del mismo, se evidencia que en él se plasmaron unas consideraciones que verdaderamente son ilegales o no corresponden a lo que es una verdadera motivación. En otras palabras, el acto administrativo, parte de un supuesto factico inexistente o nulo.

Alegó desviación de poder en tanto, que a su juicio, la administración actuó en busca de un fin diferente al que en derecho le corresponde, al darle al contrato de prestación de servicios, en la práctica, un alcance y una finalidad que la ley no le otorga, en contravía de sus características de temporalidad, excepcionalidad y autonomía.

Por último, manifiesta que hubo vicios de procedimiento y de forma, pues la irregularidad procedimental devino desde el otorgamiento de los contratos de prestación de servicios, ya que no podía contratarse una BACTERIOLOGA por tan largo tiempo, cuando esas funciones se ejercían de manera permanente, pues lo legal era haber creado los cargos que requería en la planta de personal. Teniéndose en cuenta que se desplegaron unas funciones misionales en la entidad demandada, el procedimiento normal y legal era reconocerle y pagarle en sede administrativa todas las acreencias en las oportunidades correspondientes,

es decir, a medida que se fueran causando, conforme al sueldo devengado, lo cual no se hizo y, en idéntica forma como se le pagaba a los demás empleados de la planta de personal de la entidad demandada.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Admisión y etapas del proceso

La demanda fue admitida con providencia del 09 de julio de 2018 (fl.86) y una vez notificada (Fl.91), la entidad accionada dio contestación a la misma como se advierte a folio 95 y siguientes.

Posteriormente se corrió traslado de las excepciones como se observa a folio 178 y mediante auto del 15 de febrero del 2019 se fijó la fecha para la realización de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA (Fl. 180).

Tal diligencia se llevó a cabo el día 02 de abril de 2019 según consta en el acta que reposa en el expediente a folios 181 y siguientes, en la cual se decretaron medios de prueba para el esclarecimiento de los supuestos fácticos.

En consecuencia, el día 17 de junio de 2019 se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 181 del CPACA para incorporar y practicar los medios de prueba que fueron decretados en la audiencia inicial (fls 189 y siguientes), diligencia en la que dándose por finalizada la etapa probatoria se dispuso la presentación por escrito de los alegatos de conclusión, al considerar innecesario llevar a cabo la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento de que trata el artículo 182 del CPACA.

2.2. Oposición a la demanda

La E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, por medio de apoderada judicial, contestó la demanda en los siguientes términos:

Indicó que la prestación de servicios con la E.S.E goza de carácter de contrato, sin que ello implique el que se hubiese desempeñado la labor contratada como empleada, empero que no puede pasar por alto que hoy la demandante celebró contratos de suministro con la entidad. Que se trata de contratos de prestación de servicios y de suministro celebrados entre la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano y la hoy demandante señora Molina Rojas. Que la demandante Gloria Alexis Molano Rojas no cumplía ningún horario para la empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano, pues la entidad solo trabaja de lunes a viernes.

Aseguró que el contrato de prestación de servicios fue suscrito conforme a la normatividad contractual vigente, a partir del cual se estableció una relación de tipo independiente para el desarrollo de actividades esporádicas o transitorias por parte de la contratista, las cuales en ningún caso se asemejan a las labores permanentes que cumplen los trabajadores de planta.

Advierte que no existe una precisión temporal y/o espacial que permita identificar los periodos a los que hace referencia la demandante, empero, no puede desconocerse que el contrato de prestación de servicios tiene como propósito suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, así como el desarrollo de labores especializadas que no

pueden ser asumidas por el personal de planta de estas. En consecuencia, el actuar por parte de la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano, se ajusta a los presupuestos legales por cuanto es absolutamente respetuosa de las normas que rigen la materia.

Adujo, que en los contratos suscritos por la demandante, los mismos no generaban relación laboral ni prestaciones sociales, lo que permite inferir que, por manifestación de voluntad de las partes, se entabló una relación de carácter independiente y autónomo y no una relación laboral como la que se alega.

Invocó como excepciones: "la prescripción", "inexistencia de la relación laboral o contrato", "inexistencia de subordinación", "cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato". (Fl. 97 y ss.).

3. Medios de prueba relevantes allegados al proceso

En el plenario obran las siguientes pruebas:

a. Documentales:

- Petición presentada por la actora el 11 de agosto de 2017 con la que solicitó se reconocieran, liquiden y pagaran los derechos salariales y prestacionales con ocasión de la existencia de una relación laboral (f. 41- 46).
- Oficio No. 100.07.03.125 del 31 de agosto de 2017 suscrito por la Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, por medio del cual se le manifestó que la respuesta se le daría dentro de los 30 días siguientes a la expedición del mismo atendiendo lo señalado en el art- 14 parágrafo 1 de la Ley 1755 de 2015. (f.48).
- Oficio No. 100.07.03.140 del 28 de septiembre de 2017 signado por la Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, por medio del cual se le da respuesta al derecho de petición de la demandante no accediendo a lo solicitado por la demandante. (Fls. 49- 51).
- Oficio No. 100.07.03.170 del 22 de noviembre de 2017 firmado por la Gerente de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano, por medio del cual se le informa de la notificación por aviso del oficio 100.07.03.140 del 28 de septiembre de 2017. (Fl. 52).
- Certificación expedida por la empresa de mensajería 4-72 donde consta o se aprecia el recibido de la notificación por aviso del oficio 100.07.03.140 de fecha de recibo el 23 de noviembre de 2017. Fl. 53.
- Certificación y/o constancia expedida por la Gerente de la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano, acerca de los contratos de prestación de servicios los cuales se encuentran ejecutados, terminados y liquidados. (Fls. 54- 57).
- Contratos de Prestación y Servicios Profesionales suscritos entre la Empresa Social del Estado Centro de Salud de Jenesano y la señora Gloria Alexis Molina Rojas (f. 58 – 77 y folios 109- 138).
- Certificados de disponibilidad, certificados de cuentas de cobro, certificado de antecedentes de la fiscalía y Procuraduría, actas de recibidos a satisfacción de órdenes de suministros. (Fl. 148- 177).

b. Testimonial (CD. f.193):

Por solicitud de la parte demandante, en la audiencia de pruebas llevada a cabo el 17 de junio del 2019, se practicó la prueba testimonial de la señora **Madian Eunice Bernal Morales**, de profesión fisioterapeuta, quien laboró en la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

Sobre las funciones, horarios, cumplimiento del contrato, órdenes recibidas por el personal de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano actividades a desarrollar que desempeñaba la demandante y la época sostuvo:

"La Doctora Gloria trabajaba como Bacterióloga de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano, cumplía un horario, bajo subordinación a veces le tocaba quedarse más tiempo de lo debido y más horario de lo que se había acordado, por reuniones o eventos que había por Secretaría de Salud a ella le tocaba estar ahí."

PREGUNTADO: Señálele al Despacho porque conoce a la señora Gloria Alexis Molina Rojas, todas las circunstancias que se refieran a ese conocimiento: CONTESTO: Nos conocimos hace casi seis años por el medio de Salud, luego entre a trabajar al Centro de Salud de Jenesano, allí la conocí mas y lo viví también en carne propia, nos subordinaban... (...) subordinar quiere decir que nos decían cuáles eran las actividades que uno debía realizar a través del Geriátrico o a través de la empresa teníamos que cumplir un horario, a veces hasta el salario no se veía, a la fecha no he impetrado demanda contra la E.S.E Centro de Salud de Jenesano, solo duré cinco meses y lo primero que hice fue dirigirme al Ministerio de Trabajo para ver que se podía realizar allí me remitieron ellos a la Fiscalía , para lo cual la Doctora Clara ella me dijo que me estaba pagando, que tenía un contrato laboral que había firmado por dos meses pero se continuó el contrato laboral verbalmente y la Fiscalía me dijo que si quería continuar y yo decidí no continuar con ellos (Min. 14:08)

PREGUNTADO: Especifíquele al despacho porque conoce o sabe del cumplimiento de ese horario y una vez de respuesta a tal interrogante, cual era el horario que cumplía la señora Gloria Alexis Molina Rojas al servicio de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Porque como yo vivo en Tunja viajábamos todos los días juntas y cumplíamos un horario de 7:00 de la mañana más o menos hasta la una de la tarde, terminábamos la jornada laboral a la 1:00 de la tarde. (Min 15:59).

PREGUNTADO: A la Jornada a que Usted se refiere, tenían que cumplir un horario distinto: CONTESTO: Sí, cuando llegaba la Secretaría de Salud tocaba quedarnos de dos a seis o hasta las siete de la noche o dependiendo si había reuniones de la Alcaldía.

PREGUNTADO: Conoce quien le suministraba a la demandante los elementos o materiales para el ejercicio de su labor en la E.S.E Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: El Centro de Salud.

PREGUNTADO: Conoce o sabe Usted si fuera del Contrato de Prestación de Servicio la señora Gloria Alexis Molano Rojas tenía otro tipo de vínculos o contratos a la par con la prestación del servicio con la E.S.E demandada. CONTESTO: No señor. No conozco. (Min. 17.22).

La apoderada del extremo procesal pasivo en uso de la palabra solicitó a minuto 17:29 de la audiencia tachar el testimonio de la señora **Madian Eunice Bernal Morales**, por dos circunstancias a saber así: **i)** Por cercanía y amistad importante con la demandante. Lo que puede afectar la parcialidad o imparcialidad del testimonio y; **ii)** Porque tuvo un Pleito con la Empresa Social del Estado hoy demandada, tan es así que tuvo que conciliar algunas diferencias ante la Fiscalía con la Gerente de la E.S.E.. Lo anterior, a juicio de la togada, evidencia que la testigo no resulta lo totalmente imparcial como se requiere frente a este

tipo de circunstancias, razón por la cual solicita al despacho dar aplicación a lo dispuesto en el art. 211 del C.G.P.

Luego de intervención de la togada, siguió la deponente interviniendo así:

PREGUNTADO: (Apoderada demandante): Como manifieste Usted, que conoció y trabajo con la señor Gloria, dígame al despacho de quien recibía órdenes de la E.S.E. Centro Salud de Jenesano. CONTESTO: Ella recibía órdenes de la Tesorera Sandra o de la Doctora Clara Rojas.

PREGUNTADO: (Apoderada demandada): Usted manifestó al despacho que la señora Gloria cumplía un horario, que estaba subordinada y manifiesta que Usted trabajo durante cinco meses en la empresa Social del Estado de Jenesano, a Usted le consta que esa situación de cumplir horario, de estar subordinada y de recibir un salario perduro desde el 1 de noviembre del año 2013 al 31 de agosto de 2016: CONTESTO: Sí, con ella nos encontramos a tomar un café y ella me comentaba como estaba, yo acabada de salir de la universidad ingresé allá a trabajar y las mismas cuestiones. (Min 44:39). PREGUNTADO: Puede indicarle al despacho cuales fueron sus extremos procesales en el que prestó Usted sus servicios a la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano en qué año: CONTESTO: en el año 2016. PREGUNTADO: Usted manifiesta que laboro en el año 2016 y aún así dice que desde el 1 de noviembre de 2013 en adelante recibía órdenes y desarrollaba las labores que hoy esta demandado como un contrato realidad, de acuerdo con su respuesta anterior si Usted laboro hasta el año 2016, fecha esta Ultima en la que la demandante prestó sus servicios en la Empresa Social y del estado del Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Pues eso era lo que estaba viendo y viviendo como empleada del Centro de Salud , el horario era de siete a una pero había momentos que nos tocaba quedarnos porque llegaba la Secretaria de Salud o por alguna actividad, a uno le tocaba estar hay por la subordinación de la doctora Clara Rojas. (Min: 24:25) Desde el 2013 no sabía que ella había ingresado, nosotras nos conocimos no me acuerdo en que año, lo cual se fue afianzando durante esos cinco meses. (Min: 25:16) PREGUNTADO: Usted pudo advertir esa situación particular solamente durante los cinco meses que prestó sus servicios al Centro de Salud de Jenesano: CONTESTO: Si señora. (Min 26.00) PREGUNTADO: Adicionalmente señora Bernal es preciso manifestar que con la información que remiten de la Empresa Social y del estado Centro de Salud de Jenesano asistía al Centro de Salud únicamente tres veces por semana, puede informar si esta información es correcta, y de ser correcta aclararle al despacho las razones por las cuales a Usted le consta que la señora Gloria Alexis cumplía el horario que Usted manifestó en precedencia durante toda la semana. CONTESTO: No es correcto porque nosotras trabajábamos de lunes a viernes.

PREGUNTADO: (El despacho) Cómo y exactamente conoció a la señora demandante. CONTESTO: A través de los viajes. PREGUNTADO: Fechas exactas de los extremos laborales, es decir; fechas exactas en las que Usted laboro, cuando inició y cuando terminó. CONTESTO: 07 de julio de 2016 al 08 de diciembre de 2016. (Min: 28:33).

- Prueba testimonial de la señora **Heidy Heraldín Reyes Duran**. Prueba testimonial solicitada por la parte demandante, quien laboró en la E.S.E Centro de Salud de Jenesano y se desempeñaba como Fisioterapeuta, actualmente trabaja en el Hospital de Villa de Leyva y reside allí:

Sobre las funciones, horario, subordinación de la demandante y la época sostuvo la declarante:

"Yo también trabajé en el E.S.E. de Jenesano como Fisioterapeuta, en ese momento trabajaba con la Doctora Gloria, ella llevaba un horario que era de siete a una de la

tarde, pero a veces era diferente iba hasta las seis o siete de la noche dependiendo de la jornada que se realizara. PREGUNTADO: Señálele al despacho las fechas exactas en las cuales Usted laboró con la E.S.E Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Yo ingresé el 01 de febrero de 2016 y terminé mi trabajo a finales de julio de 2016 más o menos. PREGUNTADO: Porqué conoció a la demandante en esa época. CONTESTO: Éramos compañeras de trabajo, es una E.S.E pequeña, generalmente salen todos a tomar las onces y de ahí se generó la relación y el conocimiento con ella. PREGUNTADO: Sabe cuál fue el tipo de contrato que suscribió la señora Gloria Alexis Molina Rojas y porque conoce tal circunstancia. CONTESTO: Exactamente no conozco el tipo de contrato, pero todos los que entrábamos a trabajar ahí entrábamos a trabajar por OPS, pero igual nos tocaba cumplir horario obedecer las órdenes de la gerente de su contadora. PREGUNTADO: Contéstele al despacho si conoce si la señora Gloria Alexis además del contrato que Usted denomina OPS tenía otro tipo de contrato con la E.S.E. CONTESTO: No señor. PREGUNTADO: Sabe usted cuales eran las funciones que ejecutaba o cumplía la señora Gloria Alexis Molina Rojas en el E.S.E. Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Ella laboraba como Bacteriología, ella misma tomaba las muestras porque no había auxiliar de laboratorio, entonces ella misma las tomaba y las procesaba PREGUNTADO: Señálele al despacho quien le entregaba, dado que la actividad de bacteriología requiere insumos para cumplir su labor. CONTESTO: No sabría. PREGUNTADO: Manifieste al despacho si Usted en el lapso que conoció y trabajó con ella conocía si la señora Gloria Alexis Molina Rojas trabajó en otra entidad distinta de la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Que yo conociera, no señor. PREGUNTADO: Cual fue el grado de afinidad o amistad con la señora Gloria Alexis Morales Rojas. CONTESTO: Teníamos afinidad porque salíamos a tomar las onces, en las horas de la tarde viajábamos las dos a Tunja, dependiendo el horario en que ella o yo terminábamos. PREGUNTADO: Señálele al despacho quien le daba órdenes o instrucciones a la señora Gloria Alexis Molina Rojas. CONTESTO: En ocasiones la Gerente pero como ella no se encontraba siempre en la E.S.E., quien quedaba a cargo era la tesorera, ella quedaba a cargo de toda la .E.S.E y daba las órdenes o lo que sea. (Min.33.43 al 38.00)

La apoderada de la parte demandante no interviene con pregunta alguna.

PREGUNTADO: (Apoderada de la parte demandada) "PREGUNTADO: Durante cuantos días Usted asistía a la E.S.E. para cumplir con los servicios por los cuales fue contratada por dicha entidad. CONTESTO: Dependiendo de la demanda de pacientes de tres a cuatro días de la semana. PREGUNTADO: Respecto del tema de las instrucciones, porque le consta que era la Gerente o en su defecto la tesorera que le daba instrucciones a la señora Gloria Alexis Molina Rojas cuanto a su labor como bacterióloga. CONTESTO: Como les había mencionado dentro de la E.S.E. había un lugar donde tomar las onces, entonces cuando se hacía un requerimiento de tiempo o que había que hacer un procedimiento, o que faltaba alguna cosa; era allí donde se buscaba a la doctora y era allí donde se daba la orden de lo que se tenía que hacer (Min.38:33 al 39:24).

Sobre las demandas que se ha instaurado en contra de la entidad hoy demandada, dijo:

"Yo terminé el contrato con la E.S.E porque no cumplían con los pagos, tuve pago el primer mes y de ahí no tuve más pago, terminé mi contrato y nunca me pagaron, acudí a la Procuraduría y ya después ya me hicieron el pago correspondientes a los meses que me debían. (Min. 39:43 al 40:11).

Desde ya este Despacho analizará la tacha del testimonio propuesto por la apoderada del extremo pasivo formulada en la audiencia de pruebas referente a la testigo **Madian Eunice Bernal Morales** haciendo alusión al 211 del C.G.P, manifestación en la que resume en dos situaciones así:

9 *Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja*
Nulidad y Restablecimiento del Derecho. N° 15001-33-33-006-2018-00063-00
Demandante: Gloria Alexis Molina Rojas.
Demandado: E.S.E Centro de Salud Jenesano – Boyacá.

- i) Por cercanía y amistad importante con la demandante. Lo que puede afectar la imparcialidad del testimonio
- ii) Porque tuvo un Pleito con la Empresa Social del Estado hoy demandada, tan es así que tuvo que conciliar algunas diferencias ante la Fiscalía con la Gerente de la E.S.E.

El art. 211 del CGP: *“ARTÍCULO 211. IMPARCIALIDAD DEL TESTIGO. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Ahora bien si se trata de analizar la tacha del testimonio el Honorable Consejo de Estado afirmó¹:

“ En relación con la valoración del testigo sospechoso, esta Sección ha considerado que, para la valoración de la prueba testimonial, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso” porque ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna el régimen probatorio; “[...] sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica [...]”

Igualmente adujo²:

“...(..) Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad, es decir, la norma citada en precedencia no permite que de antemano y solo con la manifestación de tacha se descalifique el testigo y se impida la recepción de la declaración, sino todo lo contrario, una vez rendida la versión jurada deberá ser apreciada con mayor severidad de tal manera que al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha, por lo que, la regulación contenida en la disposición prenotada es la manifestación de las reglas de la sana crítica aplicada al ordenamiento procesal..(..).”

En suma, el testimonio rendido por la señora Bernal Morales se analizará en conjunto con las demás las pruebas allegadas al plenario, manifestación que se hace siguiendo las reglas de la sana crítica, es por ello que se hace referencia a un aparte del testimonio que acredita la causa objetiva de la procedencia del artículo 211 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA. Y que tendrá su respetiva valoración con la totalidad de las pruebas arrimadas al medio de control en estudio.

Ahora bien, igualmente se analizará el otro testimonio rendido por la señora **Heidy Heraldín Reyes Duran**, su imparcialidad o credibilidad no fueron tachados, y tal como fue rendido, con coherencia con las preguntas efectuadas en la audiencia de pruebas y la certeza que tuvo al presentar su conocimiento, para el despacho merece credibilidad.

¹ Consejo de Estado Sentencia Rad No 25002342000201602966 01 del 19 de septiembre de 2018 CP. Hernando Sánchez Sánchez

² Consejo de Estado Sentencia Rad. No. 2013-0015401/2170-2015 de mayo 18 de 2017 CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

III. CONSIDERACIONES

Agotadas como se encuentran las etapas a las que alude el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, dentro del proceso de la referencia y sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, el Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito de Tunja procederá a proferir fallo de primera instancia dentro del proceso contencioso administrativo en donde se utiliza con medio de control el de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual tiene en cuenta lo siguiente:

3.1. Problema Jurídico

En el presente caso el problema jurídico a resolver consiste en determinar si el acto administrativo contenido en el **Oficio Nro. 100.07.03.140 de 28 de septiembre de 2017** (notificado el 23 de noviembre de 2017), suscrito por la señora CLARA MERCEDES ROJAS JAIME, en su condición de Gerente de la Empresa Social y del Estado Centro de Salud de Jenesano, mediante el cual se negaron las peticiones presentadas por la señora **GLORIA ALEXIS MOLIAN ROJAS**, está incurso en alguna de las causales de nulidad invocadas por la parte demandante. Así mismo, si hay lugar a declarar la existencia de un vínculo laboral entre la demandante y la entidad demandada en un lapso de tiempo determinado, y como consecuencia, si se debe acceder al reconocimiento liquidación y pago de los derechos salariales en el periodo comprendido entre el **01 de noviembre de 2013 al 31 de agosto de 2016**.

La parte demandante esbozó como tesis argumentativa que el acto administrativo a través del cual se negó la existencia de la relación laboral con la entidad demandada esta incurso en las causales de nulidad de violación de la constitución y la ley, falsa motivación y desviación de poder, teniendo en cuenta que se presentan los tres elementos requeridos para la existencia de una relación laboral, tal y como expuso en la demanda.(folios 6-37)

La entidad demandada contestó la demanda señalando que las pretensiones carecen de fundamentos facticos y jurídicos al no existir relación laboral, pues, los servicios fueron prestados en la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios y de suministro, los cuales, de acuerdo con la norma que regula la materia, tienen como propósito suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o realizar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas; sin embargo, siempre existió coordinación con la finalidad de dar una correcta prestación del servicio de salud, y de acuerdo a la propuesta de prestación de servicios presentada. Así mismo, que nunca se impidió que la demandante desarrollara su profesión al servicio de otras entidades o de particulares a través de la celebración de otros contratos diferentes a los que hoy son objeto de controversia. Igualmente, refiere que no le fueron impuestos horarios a la demandante, pues de acuerdo con la modalidad de contratación son libres de agendar las diferentes actividades, sin embargo siempre existió coordinación con la finalidad de dar una correcta prestación del servicio.

El Despacho resolverá la Litis negando las pretensiones de la demanda por no encontrar acreditados los hechos, no se vislumbró que el acto administrativo demandado se encuentra afectado de vicios que conllevan la declaratoria de nulidad y como consecuencia de ello corresponderá negar la existencia de un vínculo de naturaleza laboral entre la demandante y la entidad accionada, como se ilustrará en el presente caso.

Para abordar el estudio del problema jurídico planteado, el análisis que efectuará el Despacho tendrá en cuenta: **(i)** Del contrato de prestación de servicios; **(ii)** Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral **(iii)** De la carga de la prueba de la

subordinación laboral. **(iv)** La primacía de la realidad sobre las formalidades; **(v)** Limitaciones a la utilización del Contrato de Prestación de Servicios; **(vi)** Del contrato de prestación de servicios en el sector Salud.

3.2. **Argumentos y sub-argumentos para resolver el problema jurídico planteado.**

3.2.1. **Del contrato de prestación de servicios.**

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993³, contempla el contrato de prestación de servicios como aquel acto jurídico que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad en los eventos en que no pueden realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

Sus características han sido precisadas por el máximo órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo, así:

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

- *El objeto contractual lo conforma la **realización temporal** de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.*
- *La **autonomía e independencia** del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el **elemento esencial del contrato**.*
- *El contratista dispone de **amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual**, delimitada por el plazo y la realización de la labor.*
- ***La vigencia del contrato es temporal**. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.*
- *La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica⁴."*
(Destacado fuera del texto original)

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

³ **Artículo 32. De los Contratos Estatales.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
(...)

3o. Contrato de prestación de servicios

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

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Segunda. Subsección "A". C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón. Radicación número: 68001-23-15-000-2000-03151-01(1043-08). Demandante: María Eugenia Lucena Luna. Demandado: Municipio de El Playón Santander. Sentencia de 21 de octubre de 2011.

Es así como, el último inciso del artículo 2º del Decreto No. 2400 de 1968: “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*”, prohíbe la celebración de esta clase contratos para el desempeño de **funciones permanentes** y ordena la creación de cargos en esos eventos⁵.

Para la Corte Constitucional⁶, esta restricción se adecua a los principios inspiradores de la Carta Política como medida de protección de la relación laboral y para evitar la desnaturalización de la contratación estatal, al preservar el **empleo como la forma general y natural de ejercer funciones públicas**.

3.2.2. Del contrato de prestación de servicios y la relación laboral.

El numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, contempló que en ningún caso el contrato de prestación de servicios genera relación laboral ni el pago de prestaciones. Sin embargo, se ha considerado que ésta **no** es una presunción de iure que no admite prueba en contrario, sino que faculta al afectado, a demandar por vía judicial el reconocimiento de la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones a que haya lugar⁷.

Para examinar este aspecto, atendiendo a la evolución jurisprudencial y estimarlo con precisión para el caso concreto, se acude a lo señalado por el Consejo de Estado al respecto⁸:

*“El tema del contrato realidad ha generado importantes debates judiciales. Uno de ellos se dio con ocasión del examen de exequibilidad que realizó la Corte Constitucional al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público. Después de realizar precisiones constitucionales en materia de contratación estatal, de definir las características del contrato de prestación de servicios y de establecer las diferencias con el contrato de trabajo, la Corte estableció que el ejercicio de tal potestad es ajustado a la Carta Política, **siempre y cuando la administración no la utilice para ocultar la existencia de una verdadera relación laboral personal subordinada y dependiente**”⁹.*

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

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

La Alta Corporación en otro proveído enseñó¹⁰:

“(…)

⁵ Esta disposición fue declarada exequible por la sentencia C-614 de 2009, M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁶ Ibidem

⁷ Ver entre otras: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección “A”. Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00588-01(2487-13). Actor: Leonardo Díaz Barragán. Demandado: Departamento Administrativo De Seguridad – DAS. Sentencia de 12 de mayo de 2014. C.P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁸ Consejo de Estado Sentencia del 29 de enero de 2015, Sección Segunda, Subsección “B”, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez radicado No. 25000-23-25-000-2008-00782-02(4149-13)

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-154-97 M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰ Consejo de Estado Sección Subsección “A” Sentencia del 19 de enero de 2015 C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren Rad. No. 47001-23-33-000-2012-00016-01(3160-13)

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
 Nulidad y Restablecimiento del Derecho. N° 15001-33-33-006-2018-00063-00
 Demandante: Gloria Alexis Molina Rojas.
 Demandado: E.S.E Centro de Salud Jenesano – Boyacá.

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones¹¹ ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: **la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.**

Tal posición se opone a la expuesta en anterior jurisprudencia de esta Sección, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación¹².

En la actualidad se tiene, que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

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

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

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados¹³.

(...)

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito¹⁴."
 (Resaltado fuera de texto original)

¹¹ Entre otras, Sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

¹² Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente No. IJ-0039. Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.

¹³ Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 2776-05. Consejero Ponente Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente No. 1694-07. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencias de 31 de Julio de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Sentencia de 14 de agosto de 2008. Consejero Ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

¹⁴ Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005. Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

14 *Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja*
Nulidad y Restablecimiento del Derecho. N° 15001-33-33-006-2018-00063-00
Demandante: Gloria Alexis Molina Rojas.
Demandado: E.S.E Centro de Salud Jenesano – Boyacá.

Así las cosas, el principio de realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de la Constitución Política¹⁵, opera en los eventos en los que, la administración celebra un contrato de prestación de servicios para el ejercicio de funciones propias de un empleado público. En esta medida, no interesa el nombre que se le haya dado al vínculo, sino los hechos que determinan la realización de las actividades contratadas.

Recuérdese que el trabajo goza en todas sus formas de amplia protección en el Estado Social de Derecho, en su triple dimensión como valor, principio rector del ordenamiento jurídico, así como derecho y deber social; por ello, no obstante aparecer formalmente como un contrato estatal, si en su ejecución se configuran los elementos esenciales del vínculo laboral, este debe declararse.

Para demostrarlo, se requiere que el actor otorgue suficientes elementos de juicio dirigidos a desvirtuar la naturaleza contractual en el ámbito de la Ley 80 de 1933, y a determinar que la actividad se realizó de forma personal bajo el cumplimiento de órdenes en cualquier momento respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y como contraprestación, haya recibido una remuneración o pago.

Una de las características de este vínculo, es que el servicio contratado sea inherente a la entidad y de carácter permanente. Para establecer lo anterior, es posible acudir a los siguientes criterios¹⁶:

- a. **Criterio funcional:** Hace referencia a que la función contratada está relacionada con las que se deben adelantar en la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución.
- b. **Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en la planta de personal de la entidad.
- c. **Criterio temporal:** Está relacionado con que las funciones contratadas son cotidianas y conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, "...o sea que si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral".¹⁷
- d. **Criterio de excepcionalidad:** Si la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades transitorias, corresponde a un contrato de prestación de servicios.
- e. **Criterio de continuidad:** Hace referencia a si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios, pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración.

¹⁵ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁷ *Ibidem*

15 *Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja*
Nulidad y Restablecimiento del Derecho. N° 15001-33-33-006-2018-00063-00
Demandante: Gloria Alexis Molina Rojas.
Demandado: E.S.E Centro de Salud Jenesano – Boyacá.

Advierte este estrado judicial que los anteriores son parámetros que permiten determinar las características del vínculo, pueden presentarse uno o varios, pero no es necesaria la concurrencia de todos.

En sentencia proferida por el Honorable Consejo de Estado, al analizar las pruebas en el caso en concreto, determinó el carácter permanente de la actividad, así¹⁸:

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

Además de lo anterior, las decisiones del máximo órgano de cierre en materia Constitucional¹⁹ y de lo Contencioso Administrativo²⁰, han sido consistentes en destacar que la subordinación es uno de los elementos más importantes para desentrañar de un contrato estatal una relación de índole laboral. Ésta –la subordinación- se refleja en la potestad del empleador de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, ejercer poderes disciplinarios o exigir la realización de ciertas actividades, más allá de la simple coordinación de actividades.

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

Esta figura es consecuencia de la obligación de las entidades públicas de vigilar de forma permanente la correcta ejecución de los contratos estatales, en tanto están involucrados recursos públicos y el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, así como la efectividad de los derechos e intereses de los administrados²¹. En este ámbito, el contratista, está facultado para supervisar, establecer parámetros, instrucciones o condiciones con el objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio contratado.

De ahí que la Ley 80 de 1993 establezca como deberes de los contratistas la colaboración con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto del contrato se cumpla, así como el acatamiento de "...las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan..."²². Insistirá el despacho que si la entidad contratante excede estos límites de tal forma, que el contratista quede sujeto a su mando, se desnaturaliza la coordinación de actividades.

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

3.2.3 De la carga de la prueba de la subordinación laboral.

¹⁸ Consejo de Estado Subsección "B" Sección Segunda Sentencia del 17 de noviembre de 2016 Rad. N° 68001-23-33-000-2012-00399-01 (1333-2014) CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección "B" Expediente: 25000-23-25-000-2003-00839-011165-2010.

²¹ Artículo 3º de la Ley 80 de 1993

²² Artículo 5, numeral 2º

En casos como el que convoca la atención hoy a este despacho, para demostrar la relación laboral, se requiere que la accionante otorgue suficientes elementos de juicio dirigidos a desvirtuar la naturaleza contractual en el ámbito de la Ley 80 de 1933, y a determinar la prestación personal del servicio, la subordinación y dependencia, así como la remuneración.

Sobre el particular el Consejo de Estado expuso²³:

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

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

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

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

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

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

Además de lo expuesto, 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.**

3.2.4 De la primacía de la realidad sobre las formalidades.

La primacía de la realidad sobre las formas hace referencia a un principio constitucional

²³ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia del 8 de junio de 2017 Rad. No. 05001-23-31-000-2011-01141-01(3604-15) CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53²⁴ de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero **contrato laboral**.

Así, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, cuando se celebren contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral, el efecto normativo y garantizador del principio se concreta en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales –Art 25 CP-, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla, el cual puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado.

Frente al tema el Consejo de Estado entre otros pronunciamientos, en sentencia del 13 de mayo de 2015²⁵ expresa que para reconocerse un vínculo laboral entre las partes, acreditando la existencia de un contrato realidad, es del caso demostrar fehacientemente la presencia de los tres elementos que la componen, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

En otro pronunciamiento el Consejo de Estado²⁶ señaló que además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Con base en lo anterior, se logra determinar que quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin que tenga derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas. Igualmente, que aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo -Art. 53 C.P.-

²⁴ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

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

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.”

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, CP. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez Ref. 680012331000200900636 01 Número Interno: 1230-2014, sentencia del trece (13) de mayo de dos mil quince (2015).

²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. CP. Sandra Lisset Ibarra Velez. Rad. 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15), sentencia del 04 de febrero de 2016.

Así las cosas, deben revisarse en cada caso las condiciones en las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer con el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso²⁷.

3.2.5. Limitaciones a la utilización del Contrato de Prestación de Servicios

La utilización del contrato de prestación de servicios previsto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de ninguna manera puede constituirse en un instrumento para desconocer derechos laborales y conforme a ello, en aras de salvaguardar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir al artículo 53 constitucional que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la protección en igualdad de condiciones de quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios personales son válidos constitucionalmente, siempre y cuando **(i) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (ii) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y (iii) requieran de conocimientos especializados;** lo anterior, con el fin de garantizar el respeto del derecho al trabajo, los derechos de los servidores públicos y los principios que informan la administración pública.

En ese orden de ideas, aunque la ley ha previsto la posibilidad de acudir a la contratación de prestación de servicios en los casos y para los fines previstos en la norma que lo regula, también ha establecido limitantes para evitar el abuso de esta figura jurídica, como son, entre otras, el artículo 7²⁸ del Decreto 1950 de 1973, la Ley 790 de 2002²⁹ y la Ley 734 de 2002³⁰, que prohíben la celebración de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, y sancionar al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal, respectivamente.

De otro lado, la Ley 909 de 2004 *"por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones."* creó los empleos temporales dentro de la función pública como herramienta organizacional que pueden

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, CP. Dr. Alfonso María Vargas Rincón, Ref. 81001-23-33-000-2012-00066-01(1013-14), sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015).

²⁸ "(...), **en ningún caso** podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones públicas de carácter permanente, **en cuyo caso se crearán los empleos correspondientes mediante el procedimiento que se señala en el presente Decreto.**

La función pública que implique el ejercicio de la autoridad administrativa no podrá ser objeto de contrato ni delegarse en el personal vinculado mediante esta modalidad" (resaltado fuera de texto).

²⁹ "ARTÍCULO 17. PLANTAS DE PERSONAL. La estructura de planta de los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas del orden nacional tendrán los cargos necesarios para su funcionamiento. En ningún caso los Ministerios, los Departamentos Administrativos y los organismos o las entidades públicas podrán celebrar contratos de prestación de servicios para cumplir de forma permanente las funciones propias de los cargos existentes de conformidad con los decretos de planta respectivos.

En el evento en que sea necesario celebrar contratos de prestación de servicios personales, el Ministro o el Director del Departamento Administrativo cabeza del sector respectivo, semestralmente presentará un informe al Congreso sobre el particular.

PARÁGRAFO. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las entidades no podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, con la finalidad de reemplazar cargos que se supriman dentro del programa de renovación de la administración pública" (se subraya).

³⁰ El artículo 48 establece como falta gravísima: "29. Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales".

utilizar las entidades del Estado para atender necesidades funcionales excepcionales que no pueden ser solventadas con su personal de planta.

El artículo 21 de la mencionada ley dispuso:

“Empleos de carácter temporal.

1. De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

a) Cumplir funciones que no realiza el personal de planta por no formar parte de las actividades permanentes de la administración;

b) Desarrollar programas o proyectos de duración determinada;

c) Suplir necesidades de personal por sobrecarga de trabajo, determinada por hechos excepcionales;

d) Desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional de duración total, no superior a doce (12) meses y que guarde relación directa con el objeto y la naturaleza de la institución.

2. La justificación para la creación de empleos de carácter temporal deberá contener la motivación técnica para cada caso, así como la apropiación y disponibilidad presupuestal para cubrir el pago de salarios y prestaciones sociales.

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Se trata de empleos transitorios, creados para atender las necesidades enlistadas en el numeral 1, que requieren para su creación la justificación técnica, apropiación y disponibilidad presupuestal correspondiente.

En este orden, se considera que las necesidades de personal temporal de las entidades públicas sujetas al ámbito regulador de la Ley 909 de 2004, deben ser satisfechas mediante la creación de empleos de carácter temporal en las condiciones y con los requisitos previstos en dicha ley, **cuando se trate de funciones propias de la entidad que impliquen subordinación y que no puedan suplirse con personal de planta**, y no mediante el empleo de otras herramientas jurídicas como lo sería la contratación de servicios personales con terceros, en donde, casi siempre, se presentan condiciones de subordinación en el cumplimiento de las funciones contratadas, que desdibujan el vínculo, y velan una verdadera relación de trabajo.

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

El órgano de cierre en materia de lo Contencioso Administrativo ha considerado que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es procedente la suscripción de contratos de prestación con personas naturales, cuando la actividad no puede ser realizada por el personal de la planta o se requieren servicios especializados.

No obstante, con el objeto de evitar la adopción de conceptos restrictivos que homogenicen todas las causas y desconozca los principios del Estado Social de Derecho, también se ha tenido en cuenta que, si se configuran los elementos esenciales del vínculo laboral, éste debe declararse, circunstancia que impone, estudiar en cada caso la verdadera naturaleza de la relación existente entre la partes.

El Órgano Vértice de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al respecto señaló³¹:

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

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

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

4. Caso concreto:

Es del caso aclarar que la apoderada de la señora **GLORIA ALEXIS MORALES ROJAS** hace referencia en algunos apartes de la demanda a una psicopedagoga y no a una bacterióloga, profesión esta última que ostenta la demandante según se desprende del recaudo probatorio vertido en el proceso, por lo cual desde ya el despacho entenderá que existió un error mecanográfico del apoderado de la demandante.

Ahora bien, la señora **GLORIA ALEXIS MOLINA ROJAS**, a través de apoderada refiere que estuvo vinculada a la **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE JENESANO- BOYACÁ**, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales como **BACTERIOLOGA entre el 01 de noviembre de 2013 al 31 de agosto de 2016**, pero que en realidad lo que existió fue una relación laboral, por lo cual solicita el pago de una indemnización equivalente al valor de la diferencia salarial y prestacional durante el tiempo en que cobró vigencia la señalada relación de trabajo, en particular: salarios y/o diferencias salariales, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, primas de todo orden y los intereses de todo orden a título de sanción.

Por su parte, la entidad demandada señaló que la demandante se desempeñó como **BACTERIOLOGA** de la **ES.E. CENTRO DE SALUD DE JENESANO – BOYACÁ** en virtud de contratos de prestación de servicios suscritos. Refirió así mismo que no le impusieron horario de acuerdo con la modalidad de contratación, siendo libre para agendar las diferentes actividades, no obstante siempre existió coordinación con la finalidad de obtener una correcta prestación del servicio de salud, de acuerdo a la propuesta de servicios presentada por la demandante. Por lo anterior, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no existió relación laboral, pues, los servicios se prestaron en la modalidad de Contrato de Prestación de Servicios, lo cual, no genera pago de acreencias laborales diferentes a los honorarios pactados, los cuales fueron

³¹ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A Sentencia del 9 de abril de 2014 Rad. No 25000-23-25-000-2008-00250-02(0171-12) CP. doctor Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

debidamente cancelados. Además que la contratante pudo ejercer diferentes actividades como la contratación de suministros con la misma entidad.

Ahora bien, a fin de resolver el problema jurídico planteado, el Despacho comenzará por establecer con el material probatorio allegado al expediente, si la parte demandante demostró los elementos necesarios para la existencia de una relación laboral y de manera especial, la subordinación como requisito indispensable para su configuración o si en su defecto, lo que existió fue una relación eminentemente contractual conforme al numeral 3º del artículo 32 y 14 de la Ley 80 de 1993, sin derecho a prestación alguna. Para ello, se analizarán las circunstancias básicas en que se suscribieron las órdenes de prestación de servicios, para luego analizar cada uno de los elementos que componen la relación laboral aplicada al caso concreto.

Así, se encuentra que la señora **GLORIA ALEXIS MOLINA ROJAS** suscribió sendos contratos de prestación de servicios con **LA E.S.E. CENTRO DE SALUD DE JENESANO-BOYACÁ (fls. 58-77)**, así:

No. CONTRATO U ORDEN	DURACION	VALOR	OBJETO	FECHA DE EJECUCIÓN
No. 100.03.004.2013 (fls. 58-59)	6 meses	\$1.400.000 mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	02/01/2014 al 30/06/2014
No. 100.07.03.038.2014 (fls. 60-61)	3 meses	\$1.400.000 mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	01/07/2014 al 30/09/2014
No. 100.07.03.043.2014 (fls. 62-63)	3 meses	\$1.400.000 mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	01/10/2014 al 31/12/2014
No. 100.07.03.004.2015 (fls. 64-65)	3 meses	\$1.450.000 mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	02/01/2015 al 31/03/2015
Interrupción: = 0 días hábiles semana santa				
No. 100.07.03.019.2014 y acta de inicio (fls. 66-68)	3 meses	\$1.450.000 mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	06/04/2015 al 30/06/2015
Interrupción: = 22 días hábiles				
No. 100.07.03.034.2015 (fls. 69-70)	5 meses	\$1.506.000 Mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	03/08/2015 al 31/12/2015

No. 100.07.03.004.2016 (fls.71-72)	3 meses	\$1.500.000 Mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	04/01/2016 al 31/03/2016
No. 100.07.03.037.2016 (fls. 73-74)	3 meses	\$1500.000 Mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	01/04/2016 al 30/06/2016
No. 100.07.03.051.2016 (fls. 61-62)	2 meses	\$1.500.000 Mensual	Prestación de servicios profesionales como BACTERIOLOGA	01/07/2016 al 31/08/2016

Ahora, pasa a analizar el Despacho cada uno de los elementos que componen el contrato de prestación de servicios.

4.1.1. De las actividades adelantadas por la demandante:

Como se observa en la siguiente tabla, la demandante cumplía las funciones asignadas en los contratos de prestación de servicios así:

El contratista se compromete a prestar sus servicios como bacterióloga en la Empresa Social Centro de Salud de Jenesano, realizando actividades relacionadas con la aplicación de conocimientos propios de la bacteriología para ejecutar labores relacionadas con la aplicación de los conocimientos profesionales y análisis de laboratorio que apoyen el diagnóstico, pronóstico, prevención y tratamiento de las enfermedades, que permitan ubicar las causas y/o consecuencias de una enfermedad.

Así las cosas, las actividades desplegadas por la contratista como bacterióloga son funciones que debe adelantar la entidad pública de manera permanente y ordinaria, en tanto que las mismas hacen parte de su misión. En tal sentido, no se trataba de aquellas ocasionales, accidentales o que de forma temporal exceden la capacidad organizativa o funcional de la institución, sino de actividades inherentes al propósito de la misma. La ejecución de sus actividades necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de labor, pues requerían de su presencia en las instalaciones del Centro de Salud de Jenesano, según se desprende del "OBJETO" de los contratos como lo vimos.

Ahora bien, del acervo probatorio recaudado se desprende que la señora **GLORA ALEXIS MOLINA ROJAS**, celebró contratos de suministro con la misma entidad, probados estos con registros presupuestales y cuentas de cobro así:

Concepto	Precio o valor	Fecha
Suministro de material médico quirúrgico batas, sabanas y desechables para ESE Centro de Salud de Jenesano (Fl. 140)	\$ 387.500	17/06/2015
Cuenta de cobro - Batas de colores, paquetes de sabanas y paquetes de	\$ 387.500	17/06/2016

batas pte. (Fl. 141 y 147, 148)		
Suministro de materiales medico quirúrgicos , batas, sabanas y desechables para la ESE Centro de Salud de Jenesano (Fl. 149	\$ 384.787	17/06/2015
Disponibilidad presupuestal para suministro de materiales desechables para los servicios de laboratorio (Fls. 150-151)	\$ 522.000	23/03/2016
Contratos de suministro (Fls. 152-155)	\$522.000	23/03/2016
Cuenta de cobro y recibo a satisfacción FL. (156,159 y 160)	\$ 522.000	31/03/2016
Otras cuentas y suministros de material desechable para los servicios de laboratorio clínico y enfermería. (Fls. 161 a 177)	\$ 522.00 \$ 504.000 \$76.000 \$556.000	31/08/2016

Con ello se demuestra que la contratista pudo desplegar otras actividades diferentes e independientes a las realizadas con ocasión de la celebración de contratos de prestación de servicios. Lo que nos lleva a concluir que la actividad concurrió en condiciones inherentes, independientes y diferentes al las realizadas a través de contrato de prestación de servicios, lo que sin lugar a dubitación alguna prueba que a pesar de ser contratos disímiles, la actividad desarrollada por la demandante se hizo de manera autónoma.

4.1.2. De la remuneración

Respecto a la contraprestación que recibía la demandante a cambio de la prestación del servicio, se observa que en los contratos firmados entre las partes, se consignó un valor de pago por parte de la contratante por contraprestación de los servicios referidos. A su vez, tanto la demandante como la entidad demandada no tuvieron divergencia en los montos pagados, tal y como se puede corroborar con las pruebas documentales allegadas a las diligencias y que obran en el plenario.

Acorde con lo anterior, se logra determinar que el elemento remuneración de la relación laboral, se encuentra presente en este asunto y no fue objeto de divergencia entre las partes.

4.1.3. De la subordinación

Este elemento ha sido configurado por la jurisprudencia, como el pilar para demostrar y establecer la existencia de una relación laboral, entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo,

tiempo o cantidad de trabajo el imponerle reglamentos, lo cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Para tal efecto, se ha determinado que la misma se presenta cuando el supuesto contratista no actúa de manera independiente sino que está supeditado a órdenes y/o directrices del contratante, lo que en últimas se traduce en no poder realizar la labor contratada con total independencia.

Es preciso aclarar que el deber de probar los elementos esenciales de la relación laboral para su reconocimiento judicial, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, recae en el contratista-parte demandante- (art. 167 CGP)³², lo anterior obedece a que los contratos de prestación de servicios regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contemplan una presunción legal como lo hace el artículo 24 del CST, por el contrario, de manera expresa señalan que *"en ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales"*.

No obstante lo anterior, el Juzgado debe traer a colación lo expuesto por el Consejo de Estado³³ en sentencia del año 2010, señalando que el elemento de la subordinación no debe ser sustentado primordialmente en pruebas documentales, pues los demás elementos de prueba, analizados en su conjunto pueden configurar elementos que lleven al Juez a la convicción de su existencia en una determinada situación fáctica materia de conocimiento, en ese orden de ideas la subordinación debe ser extraída del estudio de todos los medios de prueba aducidos en el proceso, desechando los que no conlleven a la certeza del Juez. En ese orden de ideas así se realizará la valoración probatoria en el caso que nos trae, esto es valorando las documentales arrimadas y los testimonios recaudados.

En los diferentes contratos de prestación de servicios celebrados se encuentran una serie de obligaciones que debían ser ejecutadas por la demandante, las cuales para el Despacho son propias de una vinculación subordinada, a saber:

- *Realizar torna y lectura de muestras de Laboratorio Clínico de los diferentes usuarios de la E.S.E., correspondientes al Primer Nivel de atención y los programas de Detección Temprana y protección específica. 2. Practicar análisis de laboratorio clínico y toma de muestras de alta complejidad; preparar reactivos, medios de cultivo y solución utilizadas en el laboratorio., para efectuar los diagnósticos correspondientes. 3. Conocer y cumplir junto con los demás miembros del equipo las metas y matrices de programación de actividades de protección específica y detección temprana de los diferentes programas definidos para cada municipio por EPS-S y/o la Dirección Local de Salud. 4. Captar y registrar los datos estadísticos en la papelería diseñada para tal fin, necesario para el buen funcionamiento administrativo de la E.S.E. y hacer entrega de los mismos en los tiempos programados y cuando sean requeridos por la Gerencia. 5. Notificar a la gerencia de cualquier irregularidad que se presente oportunamente y proponer alternativas de solución. 6. Prestar los servicios a los pacientes que asistan a consulta guardando el debido respeto y con la debida ética profesional que exige la norma a respecto, así mismo respetando la privacidad y confidencialidad de la información suministrada por el paciente. 7. Participar en la actualización del manual de normas y procedimientos de su área. 8. Verificar diariamente por medio de chequeo y calificación de cada uno de los instrumentos antes de iniciar las lecturas y llevar un registro de los procedimientos de calibración. 9. Responder por el adecuado uso de los equipos y elementos de consumo de laboratorio, a fin de lograr su uso racional. 10. Participar en comités, juntas, reuniones, seminarios y otros eventos de capacitación o a los cuales haga parte. 11. Presentar estadísticas periódicas sobre los exámenes realizados y reactivos utilizados invitado y que tengan relación con los programas de actividades a su cargo. 12. Elaborar y presentar los informes que soliciten los diferentes Entes con los que la ESE tiene contratos, convenios. 13. Presentar informe escrito mensual de las*

³² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda- Subsección B- C.P Sandra Lisset Ibarra Vélez - Rad: 08001-23-33-000-2014-00591-01(3518-15)- Actor: Ana Isabel Arias Llanos- Demandado: Municipio De Baranoa De Fecha 27 De Julio De 2017.

³³ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección "B". Consejero ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 22 de julio de 2010. Rad.: 05001-23-31-000-1998-03894-01 (0161-10). Actor: Elkin Darío Cuartas Arias. Demandado: Hospital San Juan de Dios de Segovia – Antioquia.

Juzgado Sexto Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Tunja
Nulidad y Restablecimiento del Derecho. N° 15001-33-33-006-2018-00063-00
Demandante: Gloria Alexis Molina Rojas.
Demandado: E.S.E Centro de Salud Jenesano – Boyacá.

actividades ejecutadas (Contratos Nos: a-) 100.07.03.004-2013- b-) 100.07.03.038-2014 c-) 100.03.043-2014 d-) 100.07.004-2015 e-) 100.07.03.01-2015 f-) 100.07.03.034-2015 g-) 100.07.004-2016 h-) 100.07.03.037-2016 i-) 100.07.03.051-2016 j-) 100.07.03.058-2016 ,fls.58-77 y 109 a 138).

Con el material recaudado aludido, esto es de los contratos celebrados por las partes, por sí solos no dan cuenta del tratamiento que se daba a la demandante como empleada de la entidad, ya que tales obligaciones palmariamente corresponden al desarrollo de los objetivos y misiones de la entidad demandada (la prestación de servicios de salud).

Ahora bien como solo se trajeron al expediente como prueba documental los contratos de prestación de servicios ya mencionados, el Despacho entrará a analizar con los testimonios rendidos por las declarantes señoras **Madian Eunice Bernal Morales** y **Heidy Heraldín Reyes Duran**, quienes fueron compañeras de trabajo solo durante un periodo para el año 2016 de la señora **GLORIA ALEXIS MORALES ROJAS**, como bien lo dijeron en sus declaraciones así:

Madian Eunice Bernal Morales: *"..PREGUNTADO: Fechas exactas de los extremos laborales, es decir; fechas exactas en las que Usted laboro, cuando inició y cuando terminó. CONTESTO: 07 de julio de 2016 al 08 de diciembre de 2016. (Min: 28:33)."*

.....

Heidy Heraldín Reyes Duran: *"..PREGUNTADO: Señálele al despacho las fechas exactas en las cuales Usted laboro con la E.S.E Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Yo ingresé el 01 de febrero de 2016 y terminé mi trabajo a finales de julio de 2016 más o menos.."*

Dichas declaraciones se analizarán de la siguiente forma:

- 1- Sobre el tema de la subordinación manifestaron:

Madian Eunice Bernal Morales: *"...CONTESTO: Nos conocimos hace casi seis años por el medio de Salud, luego entre a trabajar al Centro de Salud de Jenesano, allí la conocí más y lo viví también en carne propia, nos subordinaban... (...) subordinar quiere decir que nos decían cuáles eran las actividades que uno debía realizar a través del Geriátrico o a través de la empresa.."* **PREGUNTADO:** *(Apoderada demandante): Como manifieste Usted, que conoció y trabajo con la señor Gloria, dígame al despacho de quien recibía órdenes de la E.S.E. Centro Salud de Jenesano. CONTESTO: Ella recibía órdenes de la Tesorera Sandra o de la Doctora Clara Rojas...(..) a uno le tocaba estar hay por la subordinación de la doctora Clara Rojas. (Min: 24:25) Desde el 2013 no sabía que ella había ingresado, nosotras nos conocimos no me acuerdo en que año, lo cual se fue afianzando durante esos cinco meses...(..)..* **PREGUNTADO:** *Usted pudo advertir esa situación particular solamente durante los cinco meses que prestó sus servicios al Centro de Salud de Jenesano: CONTESTO: Si señora...(..).."*

Heidy Heraldín Reyes Duran: *"... Exactamente no conozco el tipo de contrato, pero todos los que entrabamos a trabajar ahí entrabamos a trabajar por OPS, pero igual nos tocaba cumplir horario obedecer las órdenes de la gerente de su contadora. PREGUNTADO: Señálele al despacho quien le daba órdenes o instrucciones a la señora Gloria Alexis Molina Rojas. CONTESTO: En ocasiones la Gerente pero como ella no se encontraba siempre en la E.S.E., quien quedaba a cargo era la tesorera, ella quedaba a cargo de toda la .E.S.E y daba las órdenes o lo que sea. PREGUNTADO: Respecto del tema de las instrucciones, porque le consta que era la Gerente o en su defecto la tesorera que le daba instrucciones a la señora Gloria Alexis Molina Rojas cuanto a su labor como bacterióloga. CONTESTO: Como les había mencionado dentro de la E.S.E. había un lugar donde tomar las onces, entonces cuando se hacía un requerimiento de tiempo o que había que hacer un procedimiento, o que faltaba alguna cosa; era allí donde se buscaba a la doctora y era allí donde se daba la orden de lo que se tenía que hacer ...(..).."*

Al respecto, de lo expresado no se permite inferir que la subordinación se haya desplegado de manera concreta, directa y precisa; ni siquiera se prueba con dichas declaraciones llamados de atención, informes, reuniones, comités, avances de las labores; ni se agrega al plenario documento alguno que demuestre la subordinación para ser cotejados con los testimonios, pues estos simplemente dan cuenta de alguna interacción en unos momentos, en las horas de las "onces", al contrario de lo manifestado se pueden concluir que existía coordinación y que era desplegaba la demandada, la que debía existir para el desarrollo de las funciones específicas y el cumplimiento del objeto del contrato. Además, no fue probado que en el lapso en el que no confluyeron las deponentes con la demandante hubiere existido subordinación, se recuerda las declarantes solo laboraron durante un periodo del año 2016 y sin solución de continuidad.

Sumado a lo anterior, no existe prueba documental diferente a los contratos de prestación de servicios allegados a las diligencias, que puedan establecer con claridad que la entidad demandada ejercía poder subordinante, además de las obligaciones impuestas en los reseñados contratos celebrados, no existe medio probatorio alguno del que se desprenda que a la demandante se le imponían órdenes o lineamientos para el desarrollo de las funciones.

Lo anterior, sin lugar a dudas permite indicar que no se encuentra acreditado el elemento de subordinación, pues no sobra reiterar que las funciones desarrolladas por la demandante se ejecutaron de conformidad con la prestación del servicio de salud, sin desconocerse la autonomía que poseía la contratista y que es propia de los contratos de prestación de servicios.

Lo indicado encuentra pleno respaldo en la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado cuando advirtió³⁴:

*"La parte actora no citó a ninguna persona para que rindiera testimonio en orden a dar fe acerca de las directrices de carácter obligatorio que debía cumplir; tampoco aportó documento alguno a través del cual se le llamara la atención o se le impusiera cierta orden no susceptible de ser discutida; **no se logró acreditar que en lugar de la facultad de supervisión que la contratante tiene sobre el contratista y que puede darse perfectamente en una orden de prestación de servicios se presentó una manifestación de la subordinación.***

De igual forma no se comprobó la obligación para la actora de cumplir ciertas metas u observar determinados métodos en la realización de sus labores; mucho menos se insinuó siquiera como indicio si tenía que rendir informes susceptibles de corrección, o dar cuenta de sus actos a algún superior." -Negrilla fuera de texto-

2- Sobre los horarios manifestaron las deponentes:

Madian Eunice Bernal Morales:

"La Doctora Gloria trabajaba como Bacterióloga de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano, cumplía un horario, bajo subordinación a veces le tocaba quedarse más tiempo de lo debido y más horario de lo que se había acordado, por reuniones o eventos que había por Secretaría de Salud a ella le tocaba estar ahí."

PREGUNTADO: Especifiquele al despacho porque conoce o sabe del cumplimiento de ese horario y una vez de respuesta, cual era el horario que cumplía la señora Gloria Alexis Molina Rojas al servicio de la E.S.E Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Porque como yo vivo en Tunja viajábamos todos los días juntas y cumplíamos un horario de 7:00 de la mañana más o menos hasta la una de la tarde, terminábamos

³⁴ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección B Sentencia 22 de junio de 2006 Rad. No. 70001-23-31-000-1999-01167-01(1022-05) CP. Alejandro Ordoñez Maldonado

la jornada laboral a la 1:00 de la tarde. PREGUNTADO: A la Jornada a que Usted se refiere tenían que cumplir un horario distinto: CONTESTO: Sí, cuando llegaba la Secretaría de Salud tocaba quedarnos de dos a seis o hasta las siete de la noche o dependiendo si había reuniones de la Alcaldía. PREGUNTADO: Usted manifiesta que laboró en el año 2016 y aún así dice que desde el 1 de noviembre de 2013 en adelante recibía órdenes y desarrollaba las labores que hoy esta demandado como un contrato realidad, de acuerdo con su respuesta anterior si Usted laboro hasta el año 2016, fecha esta Ultima en la que la demandante prestó sus servicios en la Empresa Social del Estado del Centro de Salud de Jenesano. CONTESTO: Pues eso era lo que estaba viendo y viviendo como empleada del Centro de Salud , el horario era de siete a una pero había momentos que nos tocaba quedarnos porque llegaba la Secretaria de Salud o por alguna actividad..(..)..”

Heidy Heraldín Reyes Duran:

“...(..)...ella llevaba un horario que era de siete a una de la tarde, pero a veces era diferente iba hasta las seis o siete de la noche dependiendo de la jornada que se realizara. PREGUNTADO: Durante cuantos días Usted asistía a la E.S.E. para Cumplir con los servicios por los cuales fue contratada por dicha entidad. CONTESTO: Dependiendo de la demanda de pacientes de tres a cuatro días de la semana...”

En relación con los horarios, los testigos coinciden en que la señora **GLORIA ALEXIS MOLINA ROJAS** cumplía un horario de 7:00 de la mañana a 1.00 de la tarde, pero en ningún momento se prueba que se le exigía este horario a la demandante, ni firma de planillas de asistencia, nunca manifestaron que el horario era obligatorio y se debía cumplir de esta manera y en esas horas; solamente señalan que asistía reuniones programadas por la Secretaría de Salud y la Alcaldía, dependiendo las necesidades.

Súmese a lo anterior que además de los documentos reseñados, no obran en el plenario memorando, ni llamado de atención, planillas u otro documento que acredite que la señora Gloria Alexis debía cumplir un horario. Además una de las demandantes manifestó que solo viajaba de tres a cuatro días a la semana con ella, no queda comprobado los demás días y los demás años en los que las testigos no laboraron en la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano.

Al respecto, el Consejo de Estado explicó³⁵:

*“Sin embargo, la que otrora se consideraba un elemento rigurosamente definitorio del contrato laboral, ha ido decantándose con el tiempo, al punto de **considerarse cierto grado de dependencia y coordinación en el contrato de prestación de servicios, sin que por ello, se configure un contrato realidad.***

*A su turno, el Consejo de Estado expresó que «(..) es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica 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, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.**»³⁶ (Negrilla fuera de texto).*

En ese orden de ideas, con el análisis integral del material probatorio existente no se probó la existencia de una relación laboral entre la demandante y la demandada, las labores ejercidas por la demandante versan sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional, sin embargo, ello,

³⁵ Consejo de Estado Sección Segunda Subsección “B” Sentencia del 30 de marzo de 2017 Rad. 25000-23-25-000-2008-00137-01 (0727-13) CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez

³⁶ Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. JJ-0039, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

por sí mismo, no se puede considerar como una actividad que esté sujeta a una subordinación y dependencia, pues es precisamente la característica de la actividad, la que la margina de un sometimiento o “subordinación continuada” en el desarrollo de la tarea contratada. Las actividades descritas no denotan subordinación.

Se recuerda, 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”³⁷. Sobre este tema el Consejo de Estado³⁸ ha expresado:

“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 excitaban al sujeto”³⁹. 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—.”

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.⁴⁰ El tratadista DEVIS ECHANDÍA define la expresión carga de la siguiente manera:

³⁷ 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 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

³⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007, Radicado 110010315000200601308 00.

³⁹ 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.”

⁴⁰ “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 conmine 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.)

"[...] 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."⁴¹

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 tenía la carga de allegar los elementos probatorios necesarios, **sin estarse únicamente a su parecer.**

De lo expuesto se tiene que el inciso 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 (disposición normativa que rigió los contratos suscritos por el demandante), no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes, por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, entonces, **si la contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es ella quien está llamada a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.**

Entonces, si la demandante consideraba que la obligación específica contenida en el contrato de prestación de servicios implicaba *per se* la actividad subordinada, debió allegar el material probatorio necesario que diera cuenta de la naturaleza de las funciones que desempeñaba y la **forma** como las desarrollaba, de manera que no quedara duda al juzgador sobre su desempeño subordinado y sujeto a obligaciones impuestas en el contrato. Ello porque, si bien se señala en los contratos que la prestación del servicio se realizaría conforme a las funciones que le asignará la Gerente de la ESE Centro de Salud de Jenesano, este sólo hecho no desnaturaliza por sí mismo la contratación administrativa, en efecto, nada impide suscribir contratos de prestación de servicios con personas naturales y exigir que la labor contratada se desarrolle.

Es más este estrado judicial observa, que sólo de manera excepcional un contrato puede conllevar por sí mismo la prueba del ocultamiento de una relación laboral, como sucede en casos como el del personal docente, no obstante, ello obedece a la construcción de claros criterios jurisprudenciales que así lo indican y que atiende a la naturaleza de la labor.

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 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.

⁴¹ 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.

Elementos tan importantes de la relación laboral como la subordinación, requieren de una demostración clara e incontrovertible sobre aspectos subjetivos de la relación contratante – contratista, que permitan identificar que elementos como la autonomía y la independencia propios de la condición de contratista, se ven reemplazadas por la sujeción, el control y la permanente dirección, características de las relaciones laborales que por denominación implican dependencia.

Es cierto que un contrato de prestación de servicios puede suscribirse para el desarrollo de funciones a cargo de la entidad cuando ellas no puedan realizarse con personal de planta y que su continuidad permite inferir, en principio, que se trata de un empleo que debía estar contemplado en la planta de personal⁴² pero ello no constituye un indicio necesario. Esa circunstancia fáctica debe acompañarse de otras pruebas que, como se ha dejado expuesto, no fueron aportadas al plenario. Era necesario probar fehacientemente la subordinación y el cumplimiento de horario como elementos sustanciales de la relación laboral.

En suma el contrato de prestación de servicio prueba lo que es, vale decir, un acuerdo de voluntades para la prestación de servicios profesionales que no son regulados por el derecho laboral.

5. DE LAS EXCEPCIONES

La parte demandada propuso como excepciones las que denominó "la prescripción" "inexistencia de la relación laboral o contrato", "inexistencia de subordinación", "cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato" (Fl. 97 y ss.), cuyo fundamento radica en señalar que no existió vinculación de carácter laboral sino de servicios profesionales, que no se presentó subordinación sino coordinación, que la demandante era independiente, que los contratos celebrados entre las partes gozan de legalidad y se celebraron en el marco del artículo 32 de la ley 80 de 1993, y en general que no existió vulneración de normas legales y constitucionales. Al respecto, el Despacho encuentra que prosperan las excepciones formuladas por la parte demanda sobre la inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la subordinación, como se expuso en precedencia. Ahora entra a analizar la prescripción, así:

5.1. DE LA PRESCRIPCIÓN.

Traeremos a colación como primera medida la sentencia de la Alta Corporación que en cita estableció las reglas jurisprudenciales a tener en cuenta en materia del restablecimiento del derecho cuando deba aplicarse la figura de la prescripción. Al respecto, señaló lo siguiente:

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

⁴² La Sección Segunda, Subsección "A" con ponencia del Consejero Doctor Jaime Moreno García, en sentencia proferida el 17 de abril de 2008 en el expediente Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05), dijo "Es, por tanto, el Estado el que infringe el ordenamiento jurídico al contratar por ese medio los servicios de personal, precaviendo los requisitos de la existencia del cargo en la planta de personal, del presupuesto, el acto administrativo de nombramiento y la posesión, convirtiendo todo ello en una simple práctica. Así las cosas, el Estado infractor no puede entonces beneficiarse de su conducta irregular y pretender trasladar la responsabilidad de su actuación a quien ha sido de esa manera contratado, pues el verdadero sentido del principio de la realidad sobre la formalidad lo que impone es que se le reconozca con certeza y efectivamente todo derecho que deviene del despliegue de su actividad laboral."

Comentado [HFTO1]: Que sentencia cita? De que Corporación?

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

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

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

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

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

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

viii) El consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho.

xi)) El ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponderá a los honorarios pactados.

Las anteriores reglas jurisprudenciales fueron fijadas con la finalidad de acoger el criterio más favorable a los peticionarios que acuden ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal.

En razón a lo expuesto, es claro que no se demostró la existencia de una verdadera relación laboral lo que no es consecuencial que produzca plenos efectos, ello es, para efectos del no reconocimiento de la pensión de jubilación.

Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son; las primas, las cesantías; ahora las que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social encontramos; la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización, de las cuales claramente no serán reconocidas en esta instancia por no tener el pleno derecho.

Este fallador tiene la carga de determinar, aún de oficio⁴³, si se ha configurado el fenómeno jurídico de la prescripción. Esto cuando se encuentre demostrado la existencia de una relación laboral, pero en este caso al negarse las pretensiones de la demanda no resulta necesario analizar si algunos de los pagos o prestaciones reclamados prescribieron, toda vez que la prescripción es accesoria a la prosperidad de las pretensiones. Pues al ser un tema accesorio donde no se demostró los supuestos de hecho que hicieran precedente la existencia de una relación laboral entre la demandante Gloria Alexis Molina Rojas y la E.S.E. Centro de Salud de Jenesano derivada de los contratos que tuvieron como objeto la prestación de **servicios como bacterióloga**.

6. COSTAS.

Finalmente respecto de la condena en costas, cabe recordar que el artículo 188 del CPACA establece que en todos los procesos, a excepción de las acciones públicas, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

En ese sentido, en consideración a las reglas establecidas por la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Segunda, Subsección "A" C.P: William Hernández Gómez. Fecha siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 13001-23-33-000-2013-00022-01 No. Interno 1291-2014.

El Despacho condenará en costas y agencias en derecho a la parte vencida. Las costas serán liquidadas por Secretaría y para el efecto debe seguirse el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P.

Como agencias en derecho en favor de las entidades demandadas se establece la suma de **\$774.079**. Que corresponde al 4% de la estimación de la cuantía indicada en la demanda (**\$19.351.998**), de conformidad con el numeral 3.1.2 del Acuerdo PSAA 16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

Por lo expuesto, el **Juzgado Sexto Administrativo del circuito judicial de Tunja**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

F A L L A :

Primero: DECLARAR fundadas y probadas las excepciones de "prescripción" "la inexistencia de la relación laboral", "inexistencia de subordinación" y "cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato", propuestas por la entidad demandada, como se señaló en precedencia.

Segundo: Negar las pretensiones de la demanda según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁴³ En concordancia con el segundo inciso del artículo 187 del CPACA "la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada".

Tercero: Condenar en costas a la parte demandante. Líquidense por Secretaría y para el efecto debe seguir el procedimiento establecido en el artículo 366 del C.G.P. Se fijan como agencias en derecho en favor de las entidades demandadas la suma **SETECIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SETENTA Y NUEVE PESOS (\$774.079)** y a cargo de la parte demandante.

Cuarto: El presente fallo deberá cumplirse en los términos señalados en los artículos 189, 192 y 195 del C.P.A.CA.

Quinto: En firme esta providencia para su cumplimiento, por Secretaría, remítanse los oficios correspondientes, conforme lo señala el inciso final del artículo 192 del CPACA.

Sexto: Por Secretaria y una vez adquiera firmeza la presente providencia expídase copia auténtica con la constancia de su ejecutoria, a favor de la parte demandada.

Séptimo: Cumplido lo anterior, archívese el expediente y déjese las anotaciones en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI Web". Si existe excedente de gastos procesales devuélvase al interesado.

Notifíquese y cúmplase,



HERVERTH FERNANDO TORRES OREJUELA
Juez