



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

Bogotá D.C., 4 de octubre de 2018

Radicación: 23001-23-33-000-2013-00247-01

Número interno: 3753-2015

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Demandante: Gloria Elena Mejía Ávila

Demandado: E.S.E. CAMU Purísima

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-181-2018

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 20 de abril de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba que accedió a las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

La señora Gloria Elena Mejía Ávila, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la E.S.E. CAMU de Purísima.

Pretensiones²:

Como pretensión anulatoria solicitó:

1. Declarar la nulidad del oficio que resolvió el derecho de petición impetrado el 25 de enero de 2013, suscrito por el gerente de la E.S.E. CAMU de Purísima, por medio del cual negó el pago de los salarios y prestaciones sociales, y desconoció la relación laboral entre la señora Gloria Elena Mejía Ávila y la demandada.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2. Declarar que entre la señora Gloria Elena Mejía Ávila y la E.S.E. CAMU de Purísima existió una relación laboral entre el 1.º de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011.
3. Ordenar a la demandada que cancele en favor de la señora Gloria Elena Mejía Ávila la nivelación con respecto a los demás empleados públicos de planta que laboraban con el mismo cargo y en las mismas condiciones, y los demás emolumentos que constituyen factor salarial desde el 1.º de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011.

¹ Folios 1 a 15.

² Folios 1 a 3.

4. Ordenar a la demandada a pagar en favor de la señora Gloria Elena Mejía Ávila la suma correspondiente a los salarios de los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2007, con una asignación de \$700.000; los meses de junio y julio, con un salario de \$697.000; los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011, con un salario de \$869.538; y las demás prestaciones sociales a que tiene derecho, los cuales deberán ser indexados y con los correspondientes intereses de mora.
5. Condenar a la demandada a pagar en favor de la señora Gloria Elena Mejía Ávila, la suma correspondiente a las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y de navidad, y vacaciones, causadas desde el 1.º de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011.
6. Condenar a la demandada a pagar en favor de la señora Gloria Elena Mejía Ávila, la suma correspondiente a un día de salario por cada día de retardo como sanción por la no consignación oportuna de las cesantías en un fondo, como lo indica el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 2 de la Ley 244 de 1995.
7. Condenar a la E.S.E. demandada a pagar a la demandante, la suma correspondiente a la sanción por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social.
8. Condenar a la demandada al pago de las costas.
9. Ordenar a la entidad demandada cancelar las sumas ordenadas con la correspondiente indexación.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL³

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁴

³ Folios 148 a 160 y CD a folios 160 Bis.

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁵.

En el presente caso, a folio 149, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[...] La parte demandada contestó la demanda y no propuso excepciones y el Despacho no declarará de oficio la configuración de alguna excepción previa. [...]»

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

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

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

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

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

En el *sub lite*, a folios 152 a 153, el Tribunal fijó el litigio respecto de los hechos en los que hay acuerdo, las diferencias entre las partes y los problemas jurídicos:

«[...] 4.5.1 Hechos de la demanda en los cuales las partes están de acuerdo.

Revisados los hechos y contestación de la demanda se observa que las partes están de acuerdo en lo que tiene que ver con:

La demandante fue vinculada mediante orden de prestación de servicios desde el 1º. de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2011, con el fin de desempeñarse como Fisioterapeuta, contrato sobre el cual se efectuó descuento del 10 % sobre el salario por concepto de retención en la fuente.

4.5.2. Hechos de la demanda en los cuales las partes no están de acuerdo.

No están de acuerdo en que la demandante recibía órdenes directas de los representantes designados por la entidad, cumpliendo las funciones propias que corresponden a un verdadero servidor público de planta de la E.S.E. CAMU Purísima, pues sus funciones de Fisioterapeuta las ejecutó en sus instalaciones, con sus elementos de trabajo, portaba carné, asistió a los cursos y seminarios de capacitación que la entidad dictaba y estaba obligada a cumplir el horario de trabajo y funciones asignadas por la E.S.E.

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

Que la E.S.E. no ha reconocido el pago de prestaciones sociales. La entidad demandada expresó que no reconoce ni reconocerá prestaciones sociales puesto que las órdenes de prestación de servicios no generan ninguna clase de prestaciones sociales.

En resumen el desacuerdo se centra en que no se dan los elementos de la relación laboral, dado que no existía dependencia y subordinación, y que el actor (sic) no cumplía horario de trabajo.

4.6. Fijación del litigio.

Conforme a lo expuesto, se procede a fijar el litigio así:

Procede o no declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio sin número de fecha 25 de enero de 2013, suscrito por el Gerente de la ESE Camu de Purísima, por medio de la cual se resolvió negar la petición de la actora, tendiente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales por haberse configurado a juicio del peticionario una relación laboral de facto, encubierta en un contrato de prestación de servicios.

En consecuencia, se debe analizar y establecer si se dan los elementos para que existiera una relación laboral (prestación personal del servicio, subordinación y dependencia, y contraprestación), en la relación contractual entre la ESE Camu de Purísima y la señora Gloria Elena Mejía Ávila, y si ésta tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones dejadas de percibir con ocasión de esta relación laboral, sanción moratoria de que trata la ley 50 de 1990, nivelación salarial y si se da o no la prescripción. Así mismo, en caso de haberse solicitado por la parte demandante, el reconocimiento de salarios adeudados. [...]».

La parte demandante solicitó que se analizara lo relacionado con los meses en los que se le dejó de pagar el salario, frente a lo cual, la Magistrada sustanciadora sostuvo que en este proceso no se observaba esa petición. No

obstante, sí indicó que debía tenerse en cuenta si la demandante tenía derecho al reconocimiento de la sanción moratoria.

SENTENCIA APELADA⁷

El Tribunal Administrativo de Córdoba, en sentencia escrita dictada el 20 de abril de 2015, resolvió:

«[...] **PRIMERO:** Declárese la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 25 de enero de 2013, suscrito por el Gerente de la E.S.E. CAMU DE PURÍSIMA y de los actos referenciados como respuesta a la petición de fecha 30 de agosto de 2010 y el oficio sin número y sin fecha emitido como respuesta a la petición del 10 de octubre de 2011, suscritos por el Gerente de la E.S.E. CAMU DE PURÍSIMA, mediante los cuales se negó el reconocimiento de los derechos y de las prestaciones sociales de la señora GLORIA ELENA MEJÍA ÁVILA.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, a título de reparación del daño, ordénese a la E.S.E. CAMU PURÍSIMA a reconocer y a pagar a la señora GLORIA ELENA MEJÍA ÁVILA, las prestaciones sociales correspondientes al periodo comprendido entre el 12 de febrero de 2007 y el 31 de julio de 2011, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Ordénese a la E.S.E. Camú de Purísima a reconocer y a pagar a la señora GLORIA ELENA MEJÍA ÁVILA, los porcentajes de cotización correspondientes a salud y a pensión, que debieron trasladarse a los respectivos fondos, durante el periodo comprendido entre el 12 de febrero de 2007 y el 31 de julio de 2011, siempre y cuando ésta los haya realizado ante el fondo respectivo, en caso contrario, se deberá efectuar el aporte en la entidad a la que se encuentra afiliada o elija, descontando el porcentaje que le corresponde, y el que haya sido cancelado a su favor durante el desarrollo de los contratos, tal como se expuso en la parte motiva.

[...]

⁷ Folios 291 a 305

QUINTO: Declárese que el tiempo laborado por la señora GLORIA ELENA MEJÍA ÁVILA, se debe computar para efectos pensionales. [...]» (Mayúscula y negrita del texto original)

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

En primer lugar, el tribunal se pronunció frente a la prestación personal del servicio, para lo cual indicó que, si bien la demandante afirmó haber laborado desde el año 2004, no se aportaron pruebas de que esta hubiese desarrollado actividades en la entidad con anterioridad al 12 de febrero de 2007. Sobre el punto sostuvo que, si bien el expediente de la señora Mejía Ávila pudo perderse en la asonada que ocurrió en el año 2007, esta estaba facultada para solicitar la reconstrucción en la forma prevista por el Código de Procedimiento Civil y que al no haberse agotado con todas las herramientas para cumplir con la carga probatoria, únicamente podía concederse el vínculo, por virtud de los contratos aportados a partir del 1.º de mayo de 2008 y hasta el 31 de julio de 2011.

Frente al mismo elemento, indicó que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no era la competente para pronunciarse respecto al contrato individual de trabajo suscrito entre las partes, desde el mes de agosto hasta diciembre de 2011 y obrante a folios 189 a 191 del expediente, razón por la cual se abstuvo de pronunciarse frente a dichos extremos temporales.

En cuanto al elemento de la contraprestación o remuneración, el *a quo* consideró que se acreditó con las órdenes de prestación de servicios allegadas a folios 163 a 193, en las que constan los montos o valores pactados entre las partes como pago por los servicios prestados por la señora Gloria Elena Mejía.

En lo que tiene que ver con el elemento de la subordinación y dependencia continuada hizo referencia a los testimonios de la señora Rosa María Moreno Naar y de los señores Nader Luís Suárez Murillo y Alí Combatt Herrera, quienes manifestaron que «[...] la señora Amelia (sic) recibía órdenes del gerente y el jefe de personal, cumplía horario, cumplía funciones de carácter permanente y diario, a través de terapias respiratorias y físicas [...]». De igual forma, señaló que el hecho de que algunos de los testigos hubiesen presentado demanda contra el hospital no imposibilitaba su apreciación y que de los dichos de estos se podía colegir su coherencia y veracidad en tanto que señalaron el tipo de órdenes que recibía la demandante en la prestación de servicios de urgencias y consulta externa, lo cual se encontró acompasado con las pruebas documentales aportadas al proceso.

Destacó que de las funciones a cargo de la demandante se podía advertir que algunas de estas no son autónomas y que, por el contrario, dependían de las instrucciones y lineamientos de la entidad, «[...] tales como registrar a los usuarios de acuerdo a las normas establecidas, orientar a los mismos, generar informes, promover el buen manejo de los equipos de terapia, entre otras funciones [...]»

Respecto a la pretensión de pago de salarios de los meses de agosto a noviembre de 2007, consideró que esta debía negarse en tanto operó el fenómeno de la prescripción pues la demandante había interrumpido ya dicho término con la petición del 9 de diciembre de 2009, por lo que tenía hasta el 9 de diciembre de 2012 para demandar; sin embargo, la demanda tan solo fue presentada el 5 de julio de 2013, razón por la cual, concluyó que el citado fenómeno ya había acaecido.

Finalmente, sostuvo que no procedía el pago de la sanción moratoria por cuanto la sentencia por medio de la cual se reconoce el contrato realidad es constitutiva, y por tanto, el derecho al pago de las prestaciones únicamente surgía a partir de su expedición.

RECURSO DE APELACIÓN⁸

La entidad demandada manifestó su inconformidad con la sentencia de primera instancia al considerar que la demandante no estuvo subordinada por el gerente y el jefe de recursos humanos, pues estos únicamente coordinaban con la señora Gloria Elena Mejía la prestación del servicio para el buen desempeño de las actividades de su «[...] puesto de trabajo [...]».

Agregó que los testigos tenían un interés particular entre ellos para que las pretensiones de la demandante salieran avantes, al tener procesos con los «[...] mismos hechos y pretensiones que la demandante [...]», ello toda vez que la señora Rosa Moreno Naar se desempeñó como enfermera jefe, el señor Luis Suárez Murillo como conductor y, el señor Ali Combatt Herrera como gerente de la E.S.E. por 4 meses aproximadamente.

Sobre las manifestaciones referentes a que la demandante cumplía un horario de trabajo, consideró que debía interpretarse como una relación de coordinación «[...] en donde se acomodaban las horas que debía laborar [...]». Asimismo, sostuvo que la prestación de servicios no genera relación laboral ni reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Sostuvo que «[...] la ejecución del servicio prestado por la señora [...] constituye uno de los objetos y obligaciones contractuales pactados en las órdenes de prestación de servicios, pues de que el actor asume dicho deber no puede deducirse que “subordinó su voluntad a la voluntad del patrono”; si así fuera, todo contrato bilateral en que existe la prestación del servicio, resultaría de trabajo, lo que es inaceptable a todas luces [...]».

En ese sentido, consideró que en ningún momento la voluntad de la señora Mejía Ávila se subordinó a la del gerente o el jefe de recursos humanos;

⁸ Folios 311 a 312.

tampoco, se configuró el contenido de la «[...] subordinación jurídica que diferencia el contrato de trabajo de otros similares y que consiste en que el trabajador se coloca bajo la autoridad del empleador, quien tiene el derecho o facultad de darle órdenes en la ejecución de su trabajo, de vigilarlo y de imponerle sanciones por faltas disciplinarias [...]». Para el efecto, agregó que en el presente asunto no se probaron los elementos constitutivos de la subordinación, sino que, como consecuencia natural de las órdenes de prestación de servicios, las partes debían cumplir las obligaciones contraídas.

También sostuvo que la demandante solo era vinculada cuando la necesidad del servicio lo requería y que dentro de la planta de personal de la E.S.E. CAMU de Purísima no existía el cargo aludido en la demanda.

En consecuencia, solicitó revocar la sentencia para, en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Ministerio Público⁹: La procuradora delegada ante esta Corporación solicitó confirmar la sentencia de primera instancia al considerar que, del material probatorio, se acreditó que la demandante fue vinculada para prestar servicios como fisioterapeuta y realizar terapias respiratorias y físicas, por más de 4 años, por lo que no se trató de una vinculación ocasional.

La parte demandante y demandada guardaron silencio en esta etapa procesal según se advierte en la constancia secretarial obrante a folio 350 del expediente.

CONSIDERACIONES

⁹ Folios 344 a 349.

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹¹, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos que deben resolverse se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con la E.S.E. CAMU de Purísima, particularmente respecto a la subordinación y dependencia

¹⁰ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹¹ «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.»

continuada, pese a haber sido vinculada mediante contratos u órdenes de prestación de servicios?

En caso afirmativo,

2. ¿Hay lugar a pronunciarse sobre los aportes a seguridad social en pensiones que debía efectuar la entidad contratante como empleadora de la señora Gloria Elena Mejía Ávila por los tiempos en que estuvo vinculada a esta, como lo ordena la sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2-005-16 del 25 de agosto de 2016?

Primer problema jurídico

¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral con la E.S.E. CAMU de Purísima, particularmente respecto a la subordinación y dependencia continuada, pese a haber sido vinculada mediante contratos u órdenes de prestación de servicios?

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

Contrato de prestación de servicios vs. contrato realidad

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

«**Artículo 32.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o

derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

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

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

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

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹², y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹³.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁴ y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se

¹² Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

¹³ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁴ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁵.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha suscrito convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el «Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales», adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

¹⁵ Corte Constitucional C-614 de 2009.

- b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
- c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
- d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
[...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Sala)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁶ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el citado Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

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

«**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

¹⁶ «**Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.»

«**Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»

empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.» (Subraya la Sala).

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas anteriormente, el cual se desarrolla seguidamente.

Naturalización de la relación laboral

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.¹⁷

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la

¹⁷ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Elementos de la relación laboral

- **Prestación personal del servicio**

Para esta Subsección, la demandante prestó de forma personal sus servicios como fisioterapeuta de la E.S.E. CAMU de Purísima (Córdoba), de acuerdo con las diferentes órdenes de prestación de servicios suscritas entre las partes del 2007 y el 2011, las cuales tienen como característica ser *intuitio personae*. Es decir que las labores para las cuales fue contratada no podían ser desarrolladas por terceras personas, por voluntad de la señora Diana Carolina Aarón Ortiz, únicamente por ella.

- **Remuneración o contraprestación**

Frente a la remuneración, advierte la Corporación que, pese a no aportarse pruebas de pagos realizados a la demandante, entre la señora Gloria Elena Mejía Ávila y la E.S.E. CAMU de Purísima se pactó el pago de honorarios en cuotas mensuales, tal y como se advierte de las diferentes OPS visibles de folios 61 a 62 y 168 a 193 del expediente.

- **Subordinación o dependencia continuada**

En cuanto a la subordinación y dependencia continuada, itera esta Subsección que el objeto contractual de las órdenes de prestación de servicios suscritas entre la E.S.E. CAMU de Purísima y la señora Gloria Elena Mejía no era otro que el de prestar sus servicios profesionales como fisioterapeuta o terapeuta física respiratoria.

En ese sentido, y siendo este el punto principal de inconformidad con la sentencia de primera instancia en tanto que, para la entidad demandada no se acreditó fehacientemente la configuración del elemento de la relación laboral en cita; y que dicha decisión se sustentó en los testimonios de Rosa María Moreno Naar, Neder Luis Suárez Murillo y Ali Combatt Herrera quienes

manifestaron que la demandante recibía órdenes del gerente y de la jefa de personal, cumplía horario y que las actividades desarrolladas por la demandante en el CAMU de Purísima eran permanentes, la Corporación estima lo siguiente:

En primer lugar, se observa que la señora Mejía Ávila tenía como funciones, conforme con las diferentes órdenes de prestación de servicios, las que a continuación se relacionan:

OPS	Objeto contractual y obligaciones derivadas de este
172/07	Prestar sus servicios de terapeuta física – respiratoria durante tres horas y media diarias
116/08	Prestar sus servicios como fisioterapeuta
224/08	<i>Ibidem</i>
280/08	<i>Ibidem</i>
322/08	<i>Ibidem</i>
380/09	<i>Ibidem</i>
419/09	<i>Ibidem</i>
908/09	Prestar sus servicios como fisioterapeuta con las siguientes funciones: 1. Atender a los usuarios remitidos de consulta externa y los que se encuentren hospitalizados; 2. Realizar la valoración del usuario y registrar la información de acuerdo a normas establecidas; 3. Llevar registro de los usuarios atendidos y generar los informes correspondientes con fines administrativos y científicos; 4. Orientar al usuario sobre el proceso de rehabilitación y tratamientos especiales; 5. Promover el buen manejo de los equipos de terapias con adecuadas técnicas asépticas y antisépticas; 6. Prestar los servicios en una situación de emergencia o desastres; 7. Garantizar la buena calidad en la prestación de los servicios y velar por el cumplimiento de las normas y procedimientos de su área; 8. Las demás que por su naturaleza de su cargo le sean asignadas.
1358/09	<i>Ibidem</i>
049/10	Prestar sus servicios como fisioterapeuta con las siguientes obligaciones: [...] 8. Actuar por su propia cuenta con absoluta autonomía y sin estar sometida a subordinación laboral con el contratante.
100/10	<i>Ibidem</i>
182/10	<i>Ibidem</i>
514/10	<i>Ibidem</i>
572/11	<i>Ibidem</i>
643/11	Prestar sus servicios como fisioterapeuta con las siguientes obligaciones: [...] 8. Afiliarse al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales; y actuar por su propia cuenta con absoluta autonomía y sin estar sometida a subordinación laboral con el contratante.

Conforme con las funciones u obligaciones contractuales citadas en las órdenes de prestación de servicios, la Subsección estima que, por regla general, las actividades descritas están íntimamente ligadas con la labor profesional contratada. En virtud de ello, labores tales como atender a los

usuarios remitidos de consulta externa y en urgencias; valorar los pacientes, registrar su información y generar los informes respectivos; orientar a los usuarios y sus familias sobre los procesos de rehabilitación y los tratamientos; prestar el servicio con equipos con adecuadas técnicas asépticas y antisépticas o; garantizar la buena calidad del servicio son; a juicio de esta Corporación, propias del servicio de la salud, en este caso, de la disciplina de la fisioterapia ejercida por la demandante.

Respecto a la obligación contractual tendiente a prestar el servicio en situaciones de emergencia o desastre, si bien se trata de una función que implica que la persona deba tener disponibilidad para el desarrollo de las actividades contractuales en circunstancias de tiempo, modo y lugar que no podían ser escogidas libremente por la demandante, dicho hecho, por si solo, no es suficiente para acreditar la subordinación o dependencia continuada porque, a juicio de esta Sala, no obran pruebas en el expediente que permitan determinar fehacientemente que dichos escenarios fueran permanentes o habituales, es más, de los otros elementos probatorios allegados no se advierte que la señora Mejía Ávila hubiese sido requerida para ejecutar sus labores en este tipo de eventos.

De igual forma, la prueba testimonial decretada y practicada en el proceso da cuenta de lo siguiente¹⁸:

- ✓ En primer término, la señora Rosa María Moreno Naar, enfermera profesional y quien manifestó haber sido compañera de trabajo de la demandante en la E.S.E. CAMU de Purísima, señaló¹⁹:

«[...] **Preguntado:** ¿Trabajó usted en el CAMU de Purísima? **Contestó:** Trabajé desde el 1.º de junio hasta el 4 febrero de 2013. **Preguntado:** ¿Conoce usted a Gloria Elena Mejía? En caso afirmativo ¿por qué la conoce y qué clase de relaciones mantiene o ha mantenido con ella? **Contestó:** Sí conozco a la doctora Gloria Elena Mejía. La relación es laboral. Laboró en la ESE CAMU en Purísima. La conocí de ... cuando ... ella empezó primero, yo entré en junio y ella ahí estaba trabajando. Se desempeña como fisioterapeuta. **Preguntado:** Usted fue citada para rendir un testimonio en el proceso que presentó Gloria Elena Mejía Ávila contra la ESE CAMU de

¹⁸ Testimonios obrantes en CD a folio 267 del expediente.

¹⁹ *Idem.* Minutos 11:08 a 20:09.

Purísima porque ella considera que le deben reconocer unas prestaciones sociales y unos salarios por haber ejercido o desempeñado un trabajo a través de un contrato de prestación de servicios, pero ella considera debe reconocerse una relación laboral ... qué tiene usted ... ¿háganos un relato claro y preciso de los hechos que usted sepa en relación con lo anterior?

Contestó: Tengo conocimiento que desde 2007 le quedaron debiendo 4 meses, no se le pagaron prestaciones, cumplía un horario de 8 de la mañana a 12 y de 2 a 4 de la tarde y sus funciones eran hacer terapias respiratorias y físicas en la ESE CAMU Purísima. **Preguntado:** ¿Sabe usted si ella iba todos los días al CAMU a realizar su trabajo? **Contestó:** Trabajaba de lunes a viernes. **Preguntado:** ¿Por qué está enterada usted de lo anterior? ¿por qué sabe usted lo anterior? **Contestó:** Porque yo laboré en la ESE CAMU Purísima y a ella le tocaba hacer las terapias a los pacientes que estuvieran en observación, en urgencias, en consulta externa. **Preguntado:** ¿Tenía ella un jefe inmediato que le daba instrucciones, órdenes, le vigilaba su trabajo? **Contestó:** El jefe directo era el gerente y jefe de personal de la ESE CAMU Purísima. **Preguntado:** ¿Sabe usted cómo la vincularon a ella? ¿por un contrato? ¿una orden de prestación de servicio? ¿o un nombramiento? **Contestó:** Los contratos fueron por OPS. Eran contratos de 3, de 6 meses. Los últimos contratos supuestamente se perdieron en una asonada, que no aparecen. [...]

Preguntado: ¿Por favor infórmele al despacho si la demandante Gloria Elena Mejía recibía instrucciones de la forma y de las funciones que debía realizar o si las realizaba de manera autónoma e independiente? **Contestó:** Ella realizaba las funciones que le asignaba el gerente según el contrato que ellos contrataban con las EPS a las que ellos prestaban sus servicios a los usuarios. **Preguntado:** ¿Por favor infórmele al despacho si las funciones que realizaba la demandante en la ESE CAMU de Purísima estaban directamente relacionadas con el giro propio de la función que está cumple o del objeto social de la entidad? **Contestó:** Ella se sometía a las órdenes que le daban allá que cumplieran, cual eran sus funciones. **Preguntado:** ¿Estaban relacionadas las funciones que ella cumplía con las funciones que presta a la comunidad la entidad? **Contestó:** Estaban relacionadas con lo que le ... con lo que le ordenaban en la empresa. [...]

Preguntado: ¿En esa misma dirección, para que nos establezca, dada la convivencia laboral que sostenía desde el tiempo de servicios que prestó la demandante Gloria Mejía Ávila al servicio del CAMU de Purísima? (sic) **Contestó:** Ella inició primero. Ella inició en el 2007 me dijo, pero a principio, yo ingresé a mediados; y salió ella en el 2011, si no estoy mal, en ese tiempo. **Preguntado:** ¿Respeto de si en la planta de personal de la ESE CAMU de Purísima figura otro cargo o empleo de fisioterapeuta? **Contestó:** El único empleo de fisioterapeuta era el que ella tenía con el tipo de contrato que venía trabajando con la ESE. No existía evidencia de que existiera otra fisioterapeuta, solamente contaba con esa. [...]

- ✓ Por su parte, el señor Neder Luis Suárez Murillo, quien también manifestó haber laborado en la entidad demandada, sostuvo²⁰:

«[...] **Contestó:** [...] está demandando los mismos meses de las auxiliares y de los porteros que trabajamos en esa época. **Preguntado:** ¿Cuáles son los mismos meses? nos hace un relato más detenido e indica la fecha ... **Contestó:** Son los meses del 1.º de agosto, septiembre, octubre y noviembre, 4 meses que nos adeuda la ESE CAMU, que no nos quisieron pagar. **Preguntado:** ¿Díganos si la señora Gloria Elena Mejía Ávila qué relaciones mantuvo y ha mantenido con ella? **Contestó:** Sí la conozco y la única relación que tuve con ella fue estrictamente laboral. [...] **Preguntado:** ¿Entonces nos va a decir si conoce a Gloria Elena Mejía Ávila, desde cuándo la conoce y qué relaciones ha mantenido con ella? **Contestó:** Sí la conozco y tuve una relación estrictamente laboral. **Preguntado:** ¿En el CAMU trabajaba con usted la señora Gloria Elena Mejía Ávila? **Contestó:** Sí trabajaba. **Preguntado:** ¿Qué trabajo desempeñó en el CAMU la señora Gloria Elena? **Contestó:** Trabajaba como fisioterapeuta. **Preguntado:** ¿Sabe usted desde cuándo empezó a trabajar y hasta qué fecha? ¿y cuáles eran sus funciones concretas en el CAMU? **Contestó:** Cuando yo ingresé al CAMU ella estaba trabajando y sus obligaciones eran terapia respiratoria y terapia física. [...] **Preguntado:** ¿Sabe usted si ella trabajó en forma continua desde que comenzó hasta que se retiró o había interrupciones en los contratos que a ella le realizaban? **Contestó:** Ella trabajaba de forma continua hasta cuando se retiró. [...] **Preguntado:** ¿Sabe usted cómo organizaba su trabajo la señora Gloria Elena Mejía Ávila? ¿si recibía órdenes o ella organizaba su trabajo independientemente? **Contestó:** Ella recibía órdenes del gerente. **Preguntado:** ¿Estaba adscrita a alguna dependencia ... del CAMU? **Contestó:** Hasta donde tengo entendido, era con el CAMU. [...] **Preguntado:** ¿Le consta a usted el horario de trabajo que cumplía la demandante Gloria Elena Mejía en la ESE CAMU de Purísima? **Contestó:** Sí. **Preguntado:** ¿Cómo era el horario de trabajo? **Contestó:** Ella trabajaba de lunes a viernes, de 8 a 12 y de 2 a 4. **Preguntado:** ¿Lo hacía de forma continua, diariamente? **Contestó:** Diariamente. **Preguntado:** ¿Sabe usted si ella cumplía instrucciones, órdenes dadas por un superior? **Contestó:** Sí, por el gerente. [...] **Preguntado:** ¿La prestación de los servicios de fisioterapeuta los realizaba la señora Gloria Mejía Ávila en las instalaciones del CAMU o en su consultorio particular? **Contestó:** Las hacía en las instalaciones del CAMU. **Preguntado:** ¿En esa misma dirección, preguntarle

²⁰ *Ídem.* Minutos 20:15 a 28:56.

si además de la doctora Gloria Mejía Ávila había otra fisioterapeuta al servicio del CAMU de Purísima? **Contestó:** Apenas ella sola. [...]»

- ✓ El señor Ali Combatt Herrera, administrador en salud y quien fungió como gerente encargado de la ESE CAMU de Purísima entre octubre de 2007 y marzo de 2008, señaló²¹:

«[...] **Preguntado:** ¿Indíquenos si usted conoce a la señora Gloria Elena Mejía Ávila? En caso afirmativo, ¿por qué la conoce y qué clase de relaciones mantiene o ha mantenido con ella? **Contestó:** Sí, sí la conozco. Mi relación con ella de tipo laboral. **Preguntado:** ¿Ha trabajado usted en la ESE CAMU de Purísima? en caso afirmativo ¿qué trabajo desempeñó y en qué fecha? **Contestó:** Estuve encargado en las fechas del 17 de octubre al 31 de marzo del 2008. De gerente encargado. **Preguntado:** La señora Gloria Elena Ávila Mejía (sic) presentó una demanda contra la ESE CAMU de Purísima, porque considera que se le adeuda los salarios, unos salarios y prestaciones sociales teniendo en cuenta que, por un contrato de prestación de servicios a través de OPS no le fueron cancelados esto porque ella considera tener derecho porque está ante una relación laboral y no contractual, ¿qué tiene usted que decir respecto a lo anterior? Haga un relato de todo lo que sepa en relación con esos hechos. **Contestó:** Pues, en el momento de que yo entro, ya la señora Gloria ... venía trabajando ... por un contrato de trabajo. [...] Pues que era la fisioterapeuta de la entidad, ósea, hacía actividades de terapia respiratoria y terapia física, y que tenía un horario de 8 a 12 y de 2 a 4. **Preguntado:** ¿Sabe usted cuánto tiempo trabajó la señora Gloria Elena Mejía Ávila y por qué se retiró de la ESE? **Contestó:** Pues, cuando yo entré ella y estaba trabajando, yo salí y ella quedó trabajando. No sé cuáles fueron sus motivos para renunciar al cargo. **Preguntado:** ¿Cumplía ella un horario y quién le vigilaba el cumplimiento de este? **Contestó:** Pues, cuando yo estuve en la entidad, ella cumplía su horario cabalmente y yo era quien ... porque en su momento no había quien la supervisara ... ósea, el gerente era quien miraba su desempeño en su área laboral. **Preguntado:** ¿Y quién le organizaba a la señora Gloria Elena Mejía cómo debía ejercer el trabajo, es decir las citas que debía hacer, a quién citaba, las horas y todo lo demás? **Contestó:** Pues con la enfermera jefe, yo pienso de que (sic) ellas tenían, ósea coordinaban sus labores, ósea, dónde iba a estarse, dónde hacía su terapia. **Preguntado:** ¿En qué sitio prestaba o desempeñaba su trabajo como fisioterapeuta la señora Gloria? **Contestó:** Tenía una sala especial para ello. **Preguntado:** ¿Y los

²¹ *Ídem.* Minutos 29:23 a 43:30.

instrumentos de trabajo quién los suministraba? **Contestó:** Pues el de terapia respiratoria yo sí veía que ella llevaba, como que era uno personal. La terapia física la hacía ahí en el CAMU. **Preguntado:** ¿Sabe usted si el cargo de planta de fisioterapeuta existe o existía en la planta de personal de la ESE? **Contestó:** Ósea, de nómina no era, ... estaba por contrato. **Preguntado:** ¿Qué servicios prestaba el CAMU de Purísima? **Contestó:** Pues los servicios de atención al usuario y darlos de una forma eficiente y efectiva. **Preguntado:** ¿Qué funciones desempeñó usted en el CAMU? **Contestó:** Yo estuve de gerente y pues, tuve la oportunidad de conocer la administración de una ESE. Lástima que fue poco tiempo. **Preguntado:** ¿Cuándo usted laboró en el CAMU celebró contrato con la señora o la nombró o la vinculó de alguna manera a la señora Gloria Elena Mejía Ávila? **Contestó:** Sí, se hizo una contratación, pero ahí había una bolsa de empleo y ella trabajaba obviamente por un contrato, a través de un contrato. [...]

Preguntado: ¿Explique cuando usted dijo que ella estaba vinculada por medio de una bolsa de empleos? **Contestó:** Pues eso. Eso eran unos contratos que se le hacían a los trabajadores, pero eran por poco tiempo, yo también como estuve fue hasta marzo, ósea no sé cómo siguió, si siguió la bolsa de empleo trabajando o buscaron otra forma de contrato, no sé. [...]

Preguntado: ¿En su función como director de la ESE CAMU era usted la persona quién directamente supervisaba las actividades por el servicio que prestaba la señora Gloria Elena Mejía Ávila? **Contestó:** En gran parte sí, pero la pagadora en su momento también era, a la vez, jefe de personal y también miraba esa parte. [...]

Preguntado: ¿Durante el tiempo que usted estuvo directivo de la ESE se encargaba de darle funciones, de supervisar las labores que realizaba la señora Gloria Elena Mejía o darle órdenes de cómo debía hacerlo mientras estuviera pues en las instalaciones? **Contestó:** Las órdenes se las daba yo porque yo era quien firmaba el contrato y siempre supervisaba su trabajo, pero había un, otro funcionario de que también miraba esa parte que hacía las veces de jefe de personal. **Preguntado:** ¿De tal manera usted podría decir que ella siempre estaba cumpliendo órdenes de un superior fuera usted o fuera la jefe de personal? **Contestó:** Claro, correcto. [...]

Preguntado: ¿Diga al despacho cuántas bolsas de empleo existían en la ESE CAMU de Purísima en la época que usted era director? **Contestó:** (Inaudible) **Preguntado:** ¿Diga el despacho si tiene demandas con los mismos hechos y las mismas pretensiones que la señora Gloria Mejía contra la ESE CAMU de Purísima? [...]

¿Diga al despacho si tiene demandas con las mismas pretensiones que la señora Gloria Mejía contra la ESE CAMU de Purísima? **Contestó:** Pues yo no tengo demandas contra la ESE. [...]

Preguntado: ¿Para indagar al declarante acerca de si la vinculación de la señora Gloria Mejía Ávila se produjo a través de una bolsa de empleos o directamente mediante un contrato suscrito con la ESE CAMU de Purísima? **Contestó:** Pues la bolsa de empleo era quién

realizaba los contratos, pero la bolsa de empleo pertenecía al CAMU, ósea ellos eran quien hacían los contratos del personal del CAMU, lo del CAMU era solamente lo de nómina y ellos estaban en bolsa de empleo. **Preguntado:** ¿Es decir que el CAMU celebraba contrato con la bolsa de empleo y la bolsa de empleo suministraba el personal al CAMU? **Contestó:** Correcto. **Preguntado:** ¿En ese mismo sentido entonces en cumplimiento del contrato celebrado entre el CAMU y la bolsa de empleo quién le pagaba las mesadas y las prestaciones sociales a los vinculados con el CAMU de Purísima? **Contestó:** Obviamente de la bolsa de empleo era quien ... ósea, uno le pagaba a la bolsa de empleo y la bolsa de empleo les pagaba a ellos. **Preguntado:** ¿Ese fue el sistema general que se adoptó para todos los casos respecto de los cuales usted está declarado? **Contestó:** En su momento que yo estuve en la institución, sí. [...] **Preguntado:** En relación con las últimas preguntas que ha hecho el procurador, explique entonces ¿quién contrataba, la bolsa de empleos o el CAMU a las personas y en este caso a la señora Gloria Elena Mejía Ávila? **Contestó:** A mí me parece de que (sic), según los asesores con los que se contaba en su momento, la bolsa de empleo era cómo una especie de figura que aparecía ahí en la institución. **Preguntado:** ¿Quién era el representante de la bolsa de empleos? **Contestó:** Se me escapa el nombre ella ahora mismo. **Preguntado:** ¿Explique los dineros se pagaban directamente a cada empleado por el CAMU o a través de la bolsa de empleo? **Contestó:** A través de la bolsa de empleo. [...]»

Conforme con los dichos de los testigos, para la Subsección existe claridad sobre el hecho de que la demandante efectivamente cumplía con unos turnos para la prestación del servicio, en tanto que los declarantes son contestes en que la señora Mejía Ávila desarrollaba sus funciones en el CAMU de Purísima de lunes a viernes, de 8 a 12 del día y de 2 a 4 de la tarde.

No obstante, pese a que contractualmente se había estipulado la prestación del servicio por un número determinado de horas al día, y que la señora Gloria Elena Mejía desarrollara sus actividades en la jornada señalada por los testigos, esta no puede tenerse como una prueba irrefutable de la subordinación y dependencia continuada, pues no obra constancia de que dicho horario hubiera sido impuesto por la entidad hospitalaria, ya fuera a través de oficios, memorandos, circulares o cualquier otro medio de prueba que permitiera concluir que la demandante estaba sujeta a este y por ende, no pudiera cumplir con el objeto contractual en forma autónoma e independiente.

En efecto, nótese que los testigos se limitaron a decir cual era el horario en que la señora Gloria Elena Mejía desarrollaba las actividades para las cuales fue contratada por la E.S.E. CAMU de Purísima, mas no indicaron en ningún momento que ese fuera el horario de atención de la entidad, que las órdenes de prestación de servicios hubiesen determinado que las funciones debían desarrollarse en dichas horas o, cuando menos, que hubiesen presenciado directamente que la demandante recibiera la orden de acudir al hospital en esa jornada o que hubiese recibido llamados de atención por el incumplimiento de esta.

Asimismo, los testigos tampoco fueron suficientemente responsivos y precisos respecto a que la demandante recibiera órdenes e instrucciones por parte de un superior jerárquico, siendo señalados por estos el gerente y el pagador o jefe de personal. Al respecto, estima la Corporación que la simple manifestación de que la señora Mejía Ávila tenía un superior que le daba órdenes es exigua, en tanto que la Subsección extraña de la testimonial la exposición de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que percibieron directamente los mandatos dirigidos a la contratista o las consecuencias que acarrea para la demandante apartarse de estas; además, porque tampoco obran otros elementos de prueba que permitan obtener certeza sobre este hecho.

En ese sentido, se tiene que la señora Rosa María Moreno indicó que la demandante «[...] realizaba las funciones que le asignaba el gerente según el contrato que ellos contrataban con las EPS [...]» y que «[...] se sometía a las órdenes que le daban allá que cumpliera, cual eran sus funciones [...]», a su vez que el señor Neder Luis Suárez sostuvo escuetamente que Gloria Elena «[...] recibía órdenes del gerente [...]».

En el caso del señor Ali Combatt Herrera, quien manifestó haber sido el gerente de la entidad demandada entre noviembre de 2007 y marzo de 2008, y ejercer como superior jerárquico de la señora Gloria Elena Mejía, los dichos de este también carecen de precisión toda vez que sus respuestas fueron vagas, sin explicar de dónde obtuvo ese conocimiento y, en general, se basaron en meras suposiciones del testigo.

Así, cuando se le cuestionó sobre quien le daba las órdenes a la demandante para organizar su trabajo, el señor Herrera se limitó a decir que «[...] Pues con la enfermera jefe, yo pienso de que ellas tenían, ósea coordinaban sus labores, ósea, dónde iba a estarse, dónde hacía su terapia [...]»²² y más adelante, al preguntársele sobre la supervisión que él ejerció sobre la demandante contestó que «[...] Las órdenes se las daba yo porque yo era quien firmaba el contrato y siempre supervisaba su trabajo, pero había un, otro funcionario que también miraba esa parte, hacía las veces de jefe de personal [...]». Nuevamente se le cuestiona si la demandante siempre estuvo cumpliendo órdenes de él o del jefe de personal, a lo que respondió «[...] Claro, correcto [...]».

Luego, pese a que el testigo se mantiene incólume frente al hecho de que la demandante sí recibió órdenes e instrucciones por parte de él o de la jefe de personal, para la Subsección sus respuestas no fueron lo suficientemente responsivas ni completas para darle credibilidad a su declaración.

Además, la Corporación advierte que la vinculación del señor Ali Herrera únicamente ocurrió por un corto lapso, esto fue, entre noviembre de 2007 y marzo de 2008, es decir, el testigo pudo tener conocimiento directo de la situación de subordinación y dependencia de la demandante por un término aproximado de 5 meses, sin tener razón de las circunstancias posteriores y hasta 2011, cuando finalizó la última orden de prestación de servicios, en las que se enmarcó la relación entre la señora Gloria Elena Mejía y el CAMU de Purísima.

Por consiguiente, para la Subsección los testimonios rendidos en el proceso tampoco permiten acreditar el elemento de subordinación y dependencia continuada en el caso de la señora Gloria Elena Mejía Ávila, necesario para declarar, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, la existencia del contrato realidad.

Por último, si bien es cierto que la relación contractual se sostuvo en forma prácticamente ininterrumpida entre el año 2007 y el 31 de julio de 2011, es decir, por un término aproximado de 4 años, situación que para el agente del Ministerio Público delegado ante esta Corporación es motivo suficiente para encontrar demostrado el elemento de la relación laboral en comento, la Sala

²² Subrayado de la Corporación.

considera que, en el presente caso, la extensión de la vinculación en el tiempo no se puede traducir *per se* en el encubrimiento de una relación de carácter laboral en tanto que, no se demostró que en la planta de personal de la entidad demandada existía un cargo con idénticas o similares funciones o que la necesidad del servicio sobrepasó el tiempo estrictamente indispensable para la contratación.

En ese orden de ideas, para la Corporación no se acreditó fehacientemente que la demandante se encontrase en situación de subordinación y dependencia continuada, siendo esta quien tenía la carga de demostrar la configuración de los elementos de la relación laboral.

En conclusión: En razón a que en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral, y en el presente caso, la parte demandante no logró demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente la subordinación y dependencia continuada, considera esta Corporación que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda; toda vez que prosperaron los argumentos del recurso de apelación.

Decisión de segunda instancia

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección revocará la sentencia proferida el 20 de abril de 2015 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso la señora María Elena Mejía Ávila en contra de la E.S.E. CAMU de Purísima. En su lugar, se denegarán las pretensiones de la demanda.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente²³ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

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

²³ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁴, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

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

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso se condenará en costas en ambas instancias a la parte demandante, de conformidad con el numeral 4 en el artículo 365 del CGP, por cuanto se revocará totalmente la providencia del inferior.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 20 de abril de 2015 por el Tribunal Administrativo de Córdoba, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, interpuso Gloria Elena Mejía Ávila en contra de la E.S.E. CAMU de Purísima.

En su lugar, se deniegan las pretensiones de la demanda.

²⁴ «**ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN.** Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

Segundo: Condenar en costas en ambas instancias a la parte demandante, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

