



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Primera de Decisión Oral

Sincelejo, dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2014-00105-01
DEMANDANTE: FRANCISCO ANTONIO GUERRERO HERNÁNDEZ
DEMANDADA: E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 29 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹

FRANCISCO ANTONIO GUERRERO HERNÁNDEZ, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad de la comunicación fechada 8 de noviembre de 2013, suscrita por la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, por medio de la cual, se niega el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales.

En consecuencia, solicita ordenar al ente demandado, reconocer y pagar las asignaciones básicas mensuales en el período comprendido entre el 1º de enero de 1997 y hasta el 30 de agosto de 2013 y las prestaciones sociales

¹ Folios 3-4 del cuaderno principal de primera instancia.

a que tiene derecho, incluyendo en todo caso, el reajuste salarial con base en el salario mínimo legal mensual vigente.

1.2.- Hechos²:

Señala el demandante, que se vinculó a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, el día primero de enero de 1997 hasta el 30 de agosto de 2013, para cumplir funciones como recolector de residuos hospitalarios y oficios varios, en la sede dicha ESE.

Afirma, que desde el inicio, su vinculación se hizo mediante contratos de prestación de servicios, correspondiéndole cumplir estrictos horarios de trabajo, atender las instrucciones y órdenes que impartía el Gerente de la ESE, entre otras muchas cosas.

Dice, que mediante oficio del 20 de agosto de 2013, la entidad demandada lo desvinculó y suspendió las órdenes de prestación de servicios, motivada en el agotamiento del presupuesto.

Adiciona, que en virtud de los mencionados contratos, percibió distintas remuneraciones, devengando en todo caso, desde el año 2002 y hasta el 30 de agosto de 2013, una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente. De igual manera, afirma, nunca fue afiliado al régimen de seguridad social integral en salud, pensiones y/o riesgos profesionales, como tampoco, le pagaron en forma integral su salario, ni las prestaciones sociales a las que dice tener derecho.

Advierte, que mediante reclamación del 17 de octubre de 2013, solicitó a la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, el reconocimiento y pago de sus salarios y prestaciones sociales, petición que fue resuelta desfavorablemente el día 8 de noviembre de 2013 y notificada en la misma fecha.

² Folios 1- 3 del cuaderno principal de primera instancia.

1.3. Contestación de la demanda³.

La E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA - SUCRE, a través de apoderado judicial se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Sostiene, que la vinculación del demandante con la ESE no es cierta, pues, las funciones que adelantaba, relacionadas con la recolección de desechos hospitalarios, eran esporádicas y eran pagados del peculio propio de quien fungía como coordinador del CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, persona que por demás, para entonces, no podía efectuar contrato alguno, pues, tal labor le correspondía a la entonces DASSALUD.

Indica también, que lo correspondiente a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2003, la prestación de servicios se dio a favor del CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, ente distinto de la ESE demandada.

Pone en duda, la parte demandada, el cumplimiento de las funciones que señala tenía atribuida el demandante, en tanto, no podía ser celador y recolector de desechos al mismo tiempo, al menos para el período que va desde el 9 de enero de 2001, hasta el mes de diciembre de dicha anualidad.

Añade, que en el período comprendido entre el 16 de agosto y el 9 de septiembre de 2009, no hubo contrato escrito de prestación de servicios y el pago del demandante se efectuó, previa presentación de la cuenta de cobro, por caja menor. De igual forma, señala, para el período enero, febrero, mayo, abril, mayo (sic), junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2010, la prestación del servicio no era permanente, pues, se verificaba tres veces al mes.

Otro tanto indicó para el año 2011, al decir que para los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y

³ Folios 155 - 161 del cuaderno de primera instancia.

diciembre de dicho año, el servicio prestado también fue esporádico, mientras que para el año 2012, afirma, que en el mes de julio se suscribió contrato de prestación de servicios por un valor de \$ 315.000.00 y para el mes de agosto por un valor de \$ 660.000.00.

Indica igualmente, que desde la creación de la ESE de Guaranda – Sucre, las funciones del demandante, relacionadas con la recolección de desechos, se realizaba oficina por oficina o consultorio o sala de urgencias, clasificados por bolsas de colores, en otras palabras, afirma que el demandante llegaba a tales sitios, un funcionario le entregaba los desechos y aquel, atendiendo la peligrosidad de los mismos, procedía a realizar o el almacenamiento o la quema de los mismos, sin cumplir en tales actividades, trabajo subordinado, añadiendo que su vinculación se debió a que la planta de personal de la ESE, no contaba con personal suficiente que atendiera tales menesteres.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 29 de abril de 2016, decidió negar las pretensiones de la demanda, al considerar que no se acreditó el elemento de subordinación, como supuesto indispensable para configurar la relación laboral reclamada.

Sostuvo, que al plenario no se aportaron medios probatorios para acreditarlo, echándose de menos, especialmente, el medio probatorio testimonial, pues, las declaraciones extra proceso que se allegaron no fueron ratificadas dentro de la oportunidad procesal correspondiente, tal y como lo disponen los arts. 188 inciso final y 222 del C. G. del P. y el documental, en tanto, no se aportaron llamados de atención, planillas de horarios, permisos, entre otros.

⁴ Folios 237 - 247 del cuaderno principal de primera instancia.

Agregó, que tal falencia probatoria, pese a que se encuentre demostrado la prestación personal del servicio y la remuneración, como contraprestación del mismo, no permite acceder a las pretensiones de la demanda.

1.5.- El recurso⁵.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, en el que manifestó su desacuerdo con la posición del *A quo*, argumentando, que contrario a lo sostenido por la primera instancia, la subordinación si fue debidamente probada, pues, los contratos de prestación de servicios son claros en señalar que el contratante podía dar órdenes al contratista, disponer de su capacidad y fuerza de trabajo, según las instrucciones, necesidades y conveniencias, amén de que la labor se efectuó durante 16 años, de manera continua.

Agrega, que la subordinación laboral, por ser uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, se presume, no debe probarse por parte del trabajador, tal y como lo señala el art. 24 del C. S. del T., cuando dice: *“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

Finalmente indicó, que el presente asunto debió ser conocido por la jurisdicción ordinaria laboral, pues, las labores desempeñadas por el demandante corresponden a aquellas que cumplen los trabajadores oficiales, lo que a su vez indica, que se ha presentado una nulidad insaneable al interior del proceso y así debe declararse, disponiéndose la remisión del proceso a dicha jurisdicción.

⁵ Folios 252 - 258 del cuaderno principal de primero instancia.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 19 de julio de 2016⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.
- En proveído de 31 de agosto de 2016⁷, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos conclusivos, sin embargo, las mismas guardaron silencio en esta oportunidad procesal.
- El señor Agente de Ministerio Público no emitió concepto en esta ocasión.
- Mediante auto del 16 de diciembre de 2016, se dispuso correr traslado de una irregularidad presente en el expediente, a la demandante, traslado que transcurrió sin manifestación alguna de parte de la interesada, lo cual sanea la presunta irregularidad, relacionada con la indebida notificación, por inadecuado envío del respectivo correo electrónico a la apoderada demandante, que en el transcurso del proceso cambió su abonado electrónico (art. 136 del C. G. del P.).

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema Jurídico.

De conformidad con los extremos de la *litis* planteados, el problema jurídico a desatar en la presente acción, es determinar:

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

¿Tiene jurisdicción lo contencioso administrativo para conocer de asuntos como el presente, en el que aparentemente se alega que las funciones desde las cuales se pretende desprender una relación laboral, corresponden a aquellas propias de un trabajador oficial⁸?

¿Se ha demostrado en el presente asunto, el elemento subordinación como integrante de la aparente relación laboral existente entre el señor FRANCISCO ANTONIO GUERRERO HERNÁNDEZ y la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, en los extremos fácticos descritos en la sentencia de primera instancia?

Es pertinente destacar, que el control ejercido por el juez de segunda instancia, se circunscribirá, estrictamente, frente a los puntos de disconformidad planteados por el recurrente, en el escrito del recurso de apelación, los cuales fueron citados en precedencia, de conformidad con el artículo 320 del Código General del Proceso⁹, aplicado en virtud de la remisión prevista en el artículo 306 del CPACA, siendo coherentes con el principio de la “no reformatio in pejus”.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1. Jurisdicción que conoce del fenómeno del contrato realidad. Cuestión preliminar.

El art. 104 del CPACA, textualmente señala:

“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y*

⁸ Como se verá, por lo menos en alguno de los eventos fácticos, la figura del trabajador oficial, ni siquiera puede considerarse.

⁹ Artículo 320: “Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa..." (Subrayado fuera de texto).

De donde, cualquier expresión de la administración que sea un acto o contrato, entre otros, resulta ser de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, por ende, cuando la administración, a través de un acto administrativo, emite pronunciamiento respecto a una solicitud que pretende mutar un contrato estatal en una relación laboral, resulta evidente que esta jurisdicción debe conocer del proceso, tanto por tratarse de un acto administrativo, cuya nulidad se busca, como por partirse del supuesto de la existencia de un contrato estatal válido, que ficticiamente mutaría a una relación laboral, siendo los dos eventos, se insiste, evidente manifestación de la administración.

A lo anterior hay que agregar, que si se alega que el demandante fungía como operario de servicios generales, por ende, era un trabajador oficial, resulta evidente que para predicar tal condición, debían identificarse y establecerse las funciones que cumplía.

Al efecto, el Decreto 1335 de 1990¹⁰, reglamentario de la Ley 10 de ese mismo año, se encargó de regular los organismos del subsector oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y en su literal c) del artículo 3° prevé, de manera explícita, lo relacionado con el nivel operativo y ayudante, señalando que ese nivel comprende empleos cuyas funciones se caracterizan por el predominio de obras manuales o de obras de simple ejecución, enunciando entre ellos el cargo de AYUDANTE DE SERVICIOS GENERALES, identificado con el código 605005, que aparentemente sería el mismo que se alega en este asunto, asignándole la ejecución de trabajos operativos encaminados a facilitar la prestación de los servicios generales en una institución de salud, específicamente:

¹⁰ Este Decreto en ningún momento clasifica los empleos de las ESE, en empleado público o trabajador oficial, se limita exclusivamente a señalar las funciones de cada cargo.

"- Asear y desinfectar salas de cirugía, laboratorios, anfiteatros, consultorios médicos y demás instalaciones locativas que se le asignen, siguiendo procedimientos establecidos.

- Lavar manual o medicamento y hacer el planchado y ordenamiento de la ropa limpia para distribución posterior.

- Recolectar desechos de materiales provenientes de laboratorios, cocina, talleres, jardines y demás dependencias de la institución.

- Trasladar pacientes en camillas y colaborar en su movillización.

- Colaborar en la repartición de alimentos, bebidas y similares.

- Prestar servicios de vigilancia y responder por lo bienes muebles, inmuebles y demás a su cargo.

- Prestar servicio de mensajería que le sea asignado por el jefe inmediato.

- Cargar y descargar mercancías, materiales y otra clase de elementos que entren o salgan de la institución.

- Realizar actividades de jardinería.

- Accionar ascensores para el transporte de pacientes, personal del hospital y público en general.

- Reparar las prendas que se dañen en uso, de acuerdo a instrucciones recibidas.

- Colaborar en oficios varios en almacenes, economatos, restaurantes y demás dependencias en que se requieran sus servicios"

De ahí que resultaba lógico que para alegar la condición mencionada, inicialmente, en razón del criterio orgánico, había que demostrar que se cumplieron las funciones antes indicadas, lo cual no se hizo en este asunto.

Siendo así, el alegato de nulidad procesal que se enlista en el recurso de apelación no tiene asidero, por ende, no debe declararse.

2.3.2.- Marco conceptual y jurisprudencial del contrato realidad – primacía de la realidad, sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

La Constitución Política de 1991, en atención al nuevo marco sustancial definido por la categorización de un Estado Social de Derecho, se preocupó en consolidar la garantía y protección de los derechos fundamentales de nuestra organización política y social.

Bajo este paradigma, el constituyente estableció una serie de catálogos, que buscaron definir cuáles bienes jurídicos son de especial protección, con

miras a dar preeminencia a las situaciones que ameritan la mayor atención del Estado y sus asociados, para efectos de concretar una relación justa y adecuada, a las exigencias del contexto contemporáneo.

Dentro de dicha tutela, se erige el derecho al trabajo, el cual ha sido protegido desde sus múltiples aristas de concretización e interpretación, destacándose en esta oportunidad, la valoración ínsita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*¹¹, en la contratación de servicios laborales.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional ha forjado una línea coherente sobre la temática. En reciente jurisprudencia, a través de un juicio de constitucionalidad abstracto del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 *“Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, destaca aspectos sobresalientes entorno a la principialística abordada, en las facultades desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros la prestación de ciertos servicios, donde se destaca:

“En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;

¹¹ Constitución Política Art. 53. Sobre su naturaleza la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998 con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara indico *“Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica”*.

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando "las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral"; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si "las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual"; (iv) al 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 que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta"; y (v) al criterio de continuidad, si "la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral"¹²

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, **ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.**

5.6 En consecuencia, esta Corporación **reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública**, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una "práctica usual en las relaciones laborales con el Estado", ha conducido a "la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas", y ha dado lugar a las denominadas "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing."

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad

¹² Ibídem (sic).

fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “..., **todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo**”.

(..)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica “**desdibuja el concepto de contrato**” y “**porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores**” “**pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales.**”¹³(Negrilla del texto)

De esta forma, la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de imperativos, parámetros y factores, para poder ejercer la facultad de contratación de servicios, evitando la práctica diseminada en la administración, que desdibuja las relaciones laborales, debiendo los operadores judiciales, estudiar la casuística respectiva, para efectos de evitar tan reprochable circunstancialidad.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa¹⁴, a diferencia de la constitucional, ha tenido una línea disímil, que en los últimos años ha logrado encontrar una posición equiparable a la asumida por la Honorable Corte Constitucional, donde destaca la protección de las garantías laborales y el respeto por la relación asumida en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional, resaltando la configuración de una verdadera relación laboral, en los eventos en que es acreditado, fehacientemente, la existencia de los tres elementos de un contrato de trabajo, que son a saber: la *prestación del servicio*, la *remuneración* y la *subordinación*.

Sobre este aspecto en sentencia del 24 de junio de 2015¹⁵, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“Cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”, no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar.

*Igualmente, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, **en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, rectificándose de esta manera la prolongada tesis que acogía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.**”*

Y más concretamente, sobre los elementos del contrato realidad y la carga probatoria que recae sobre quien pretende su reconocimiento, dijo:

“La relación laboral entre las partes, se requiere que el actor

¹⁴ Sobre la evolución del tema del Contrato Realidad ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 2204-11. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

*pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido **personal** y que por dicha labor haya recibido una **remuneración** o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista **subordinación** o dependencia, 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. 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”¹⁶.*

2.3.2.- Caso concreto

Como se planteó al instante de asumir la problemática en cuestión, la Sala se limitará a estudiar los argumentos expuestos, a partir de la prueba aportada al expediente. Al efecto, como tal se tiene:

.- Copia de memorial petitorio suscrito por el demandante, en el cual, requiere al ente demandado, se reconozca la existencia de “un contrato de trabajo” desde el primero de enero de 1997, hasta el 30 de agosto de 2013 (folios 26 – 29, cuaderno principal).

.- Oficio sin fecha, ni número, remitido por la Gerente de la ESE Centro de Salud de Guaranda, que niega lo pedido (folios 30 – 31, cuaderno principal).

.- Declaración extra proceso no ratificada al interior del expediente, rendida ante notario por RAMIRO NAVARRO PATRÓN (Folio 32, cuaderno principal).

.- Declaración extra proceso no ratificada al interior del expediente, rendida ante notario por SAMUEL PALENCIA TOVAR (folio 33, cuaderno principal).

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub sección B. Sentencia del 15 de junio de 2011. C. P. Dr. GERARDO ARENAS MONSALVE. Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10). Actor: MANUEL ALEJANDRO FULA ROJAS. Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONÁUTICA CIVIL.

.- Oficio de fecha agosto 30 de 2013, conforme al cual, se informó al demandante, que *“por dificultades financieras la empresa le informa que para el mes de septiembre del presente año, su orden no se le renovará porque se agotó el presupuesto para esta vigencia”* (folio 34, cuaderno principal).

.- Copia de la Orden de Prestación de Servicios No. 04 de fecha enero 9 de 2001 (folio 35, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 5 de julio de 2001, suscrito por el Coordinador del Centro de Salud de Guaranda – Sucre, conforme al cual, se indica que el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales (folio 36, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 5 de agosto de 2001, suscrito por el Coordinador del Centro de Salud de Guaranda – Sucre, conforme al cual, se indica que el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales (folio 37, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 5 de septiembre de 2001, suscrito por el Coordinador del Centro de Salud de Guaranda – Sucre, conforme al cual, se indica que el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales (folio 38, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 5 de octubre de 2001, suscrito por el Coordinador del Centro de Salud de Guaranda – Sucre, conforme al cual, se indica que el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales (folio 39, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 5 de noviembre de 2001, suscrito por el Coordinador del Centro de Salud de Guaranda – Sucre, conforme al cual, se indica que el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales (folio 40, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 3 de diciembre de 2001, suscrito por el Coordinador del Centro de Salud de Guaranda – Sucre, conforme al cual, se indica que el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales (folio 41, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 30 de diciembre de 2001, suscrito por el Coordinador del Centro de Salud de Guaranda – Sucre, conforme al cual, se indica que el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales (folio 42, cuaderno principal).

.- Certificado emitido por el Tesorero Municipal de Guaranda – Sucre, conforme al cual, al demandante se le adeudan los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del 2001, *“por haberse desempeñado en el cargo de VIGILANTE DEL CENTRO DE SALUD”* de tal municipio (folio 43, cuaderno principal).

.- Copia de la orden de prestación de servicios No. 08 del 9 de enero de 2002 (folio 44, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 26 de julio de 2005, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios en el cargo de Servicios Generales en el Centro de Salud demandado, según orden de servicio número 08 de enero 9 de 2002 (folio 45, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha junio 24 de 2004, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como Operario de Servicios Generales en el Centro de Salud demandado, durante los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2002 (folio 46, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 5 de junio de 2002, conforme al cual el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales, desde el primero de mayo hasta el 30 de mayo de 2002, en el ente demandado (folio 47, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 3 de julio de 2002, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales, desde el primero de junio hasta el 30 de junio de 2002 (folio 48, cuaderno principal) en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 5 de agosto de 2002, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales, desde el primero de julio hasta el 30 de julio de 2002, en el ente demandado (folio 49, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 2 de septiembre de 2002, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios desde el primero de agosto hasta el 30 de agosto de 2002, en el ente demandado (folio 50, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 2 de octubre de 2002, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios desde el primero hasta el 30 de septiembre de 2002, en el cargo de operario de servicios generales en el ente demandado (folio 51, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 2 de diciembre de 2002, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios desde el primero hasta el 30 de noviembre de 2002, en el cargo de operario de servicios generales en el ente demandado (folio 53, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 3 de enero de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios desde el primero hasta el 30 de diciembre de 2003, en el cargo de operario de servicios generales en el ente demandado (folio 54, cuaderno principal).

.- Copia de la orden de prestación de servicios No. 08 de enero 9 de 2003 (folio 55, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 3 de febrero de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales

desde el primero hasta el 31 de enero de 2003 (folio 56, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 3 de marzo de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales, desde el primero de hasta el 28 de febrero de 2003 (folio 57, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 2 de abril de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales desde el primero de hasta el 31 de marzo de 2003 (folio 58, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 2 de mayo de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales desde el primero de hasta el 30 de abril de 2003 (folio 59, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 3 de Junio de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales, desde el primero de hasta el 31 de mayo de 2003 (folio 60, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 2 de Julio de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales, desde el primero hasta el 30 de junio de 2003 (folio 61, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 4 de agosto de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales desde el primero hasta el 31 de julio de 2003 (folio 62, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 4 de septiembre de 2003, conforme al cual, el

demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales desde el primero hasta el 31 de agosto de 2003 (folio 63, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 18 de noviembre de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales desde el primero hasta el 30 de septiembre de 2003 (folio 64, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 18 de noviembre de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales en el ente demandado, desde el primero hasta el 31 de octubre de 2003 (folio 65, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 30 de noviembre de 2003, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales, en el ente demandado, desde el primero hasta el 30 de noviembre de 2003 (folio 66, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 24 de junio de 2004, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios como operario de servicios generales durante el mes de diciembre de 2003 (folio 67, cuaderno principal), en el ente demandado.

.- Certificado de fecha 1º de septiembre de 2009, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, *“como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de agosto hasta el 30 de agosto de 2009”* (folio 68, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 1º de octubre de 2009, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, *“como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de septiembre hasta el 30 de septiembre de 2009”* (folio 69,

cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de noviembre de 2009, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, *“como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de octubre hasta el 30 de octubre de 2009”* (folio 70, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de diciembre de 2009, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, *“como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de noviembre hasta el 30 de noviembre de 2009”* (folio 71, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de enero de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, *“como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de diciembre hasta el 30 de diciembre de 2009”* (folio 72, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de febrero de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, *“como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de enero hasta el 30 de enero de 2010”* (folio 73, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de marzo de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, *“como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de febrero hasta el 28 de febrero de 2010”* (folio 74, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de abril de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE

GUARANDA, "como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de marzo hasta el 30 de marzo de 2010" (folio 75, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de mayo de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de abril hasta el 30 de abril de 2010" (folio 76, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de junio de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de mayo hasta el 30 de mayo de 2010" (folio 77, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha primero de julio de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero de junio hasta el 30 de junio de 2010" (folio 78, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de agosto de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero hasta el 30 de julio de 2010" (folio 79, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de septiembre de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el primero al 31 de agosto de 2010" (folio 80, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha cuatro de octubre de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "como son la recolección de los desechos hospitalarios desde

el primero al treinta de septiembre de 2010" (folio 81, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "*como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el 1º al 31 de octubre de 2010*" (folio 82, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 9 de diciembre de 2010, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "*como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el 1º al 30 de noviembre de 2010*" (folio 83, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 3 de enero de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "*como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el 1º al 31 de diciembre de 2010*" (folio 84, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de febrero de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "*como son la recolección de los desechos hospitalarios desde el 1º al 31 de enero de 2010*" (folio 85, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "*en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de marzo de 2011*" (folio 86, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, "*en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de abril de 2011*" (folio 87, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE

GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de mayo de 2011” (folio 88, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de julio de 2011” (folio 89, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de agosto de 2011” (folio 90, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de septiembre de 2011” (folio 91, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha dos de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de octubre de 2011” (folio 92, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 30 de noviembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de noviembre de 2011” (folio 93, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 30 de diciembre de 2011, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios en el mes de diciembre de 2011” (folio 94, cuaderno principal).

.- Certificado de fecha 9 de abril de 2012, conforme al cual, el demandante

prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios desde el 1º al 31 de enero de 2012” (folio 95, cuaderno principal/65 cuaderno de pruebas).

.- Certificado de fecha 9 de abril de 2012, conforme al cual, el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios desde el 1º al 29 de febrero de 2012” (folio 96 cuaderno principal/69, cuaderno de pruebas).

.- Certificado de fecha 9 de abril de 2012, conforme al cual el demandante prestó sus servicios por eventos a la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, “en la recolección de los desechos hospitalarios desde el 1º al 31 de marzo de 2012” (folio 97 cuaderno principal/73, cuaderno de pruebas).

.- Cuentas de cobro sin número, suscritas por el demandante, ni fecha (folios 98 – 127 cuaderno principal/66, 70, 74, cuaderno de pruebas).

.- Copia del Acuerdo No. 013, por el cual, se “eleva al Centro de Salud de Guaranda – sucre a Hospital Local o EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO” y de la certificación que acredita los debates reglamentarios sufridos por el mismo (folios 129 – 130).

.- Copia del Acuerdo No. 036 del 31 de mayo de 2002, “por medio del cual se transforma el Centro de Salud del Municipio de Guaranda Sucre en Empresa Social del Estado”, con su correspondiente constancia de sanción (folios 2-12, cuaderno de pruebas).

.- Oficio de fecha julio 14 de 2015, suscrito por Jefe de Recursos Humanos de la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, conforme al cual, se indica que en sus archivos reposan los siguientes contratos de prestación de servicios:

- Certificación de eventos realizados 2012, cuentas de cobro (10 folios).
- Contrato de prestación de servicios que inicia el 05 de agosto de 2012 y concluye en 5 de septiembre de 2012 (11 folios).

- Contrato de prestación de servicios cuyo término de ejecución inició el 3 de septiembre de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012 (3 folios).
- Contrato de prestación de servicios No. 244 cuyo término de ejecución inició a partir del 3 hasta el 30 de diciembre de 2012 (11 folios).
- Contrata de prestación de servicios 08 de enero 3 de marzo de 2013 (sic) (14 folios).
- Contrato de prestación de servicios 01 de abril 31 de mayo de 2013 (sic) (folios 17 folios).
- Contrato de prestación de servicios 04 de junio 30 de 2013 (sic) (13 folios).
- Contrato de prestación de servicios 02 de julio 31 de agosto de 2013 (12 folios).

El mismo oficio, señala que las labores adelantadas por el demandante, fueron autónomas, independientes y nunca recibió órdenes, ni estuvo sometido a reglamento, jornada de trabajo o subordinación alguna, ni recibió remuneración salarial (folios 13 y 14 cuaderno de pruebas).

.- Copia del estatuto de personal de la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA 2013 (folios 15 – 64).

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin número, de fecha 5 de agosto de 2012 (folio 75 – 78, cuaderno de pruebas).

.- Copia de estudios previos de conveniencia y oportunidad de agosto 5 de 2012 (folios 81 – 82 del cuaderno de pruebas).

.- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 5 de agosto de 2012 (folio 84 del cuaderno de pruebas).

.- Copia del registro presupuestal de fecha 5 de agosto de 2012 (folio 85, del cuaderno de pruebas).

.- Copia del contrato de prestación de servicios sin número de fecha 3 de septiembre de 2012 (folios 86 – 88, del cuaderno de pruebas).

.- Copia del contrato de prestación de servicios No. 244 de fecha 3 de diciembre de 2012 (folios 89 – 92, del cuaderno de pruebas).

.- Copia de los estudios de conveniencia y oportunidad de fecha noviembre 30 de 2012 (folios 94 – 95, cuaderno de pruebas).

.- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 1º de diciembre de 2012 (folio 98, cuaderno de pruebas).

.- Copia del registro presupuestal de fecha 28 de diciembre de 2011 (folio 99, cuaderno de pruebas).

.- Copia del acta de iniciación de contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión, de fecha 8 de enero de 2013 (folio 100, cuaderno de pruebas).

.- Copia del contrato de prestación de servicios No. 17 de enero de 2013 (folios 101 – 104, cuaderno de pruebas).

.- Copia de estudios de conveniencia y oportunidad de fecha enero 2 de 2013 (folios 106 – 107, cuaderno de pruebas).

.- Copia del certificado de registro presupuestal de fecha 8 de enero de 2013 (folio 110, cuaderno de pruebas).

.- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 8 de enero de 2013, cuaderno de pruebas).

.- Copia del acta de inicio de prestación de servicios profesionales (folio 114, cuaderno de pruebas).

.- Copia del contrato de prestación de servicios No. 011 de fecha 1º de abril de 2013 (folios 115 – 118, cuaderno de pruebas).

.- Copia de estudios previos de conveniencia y oportunidad de fecha marzo 22 de 2013 (folios 121 – 122, cuaderno de pruebas).

.- Copia de oficio de fecha 28 de junio de 2013, suscrito por el demandante, conforme al cual, solicita a la Jefe de Recursos Humanos de la ESE de Guaranda, *“permiso para trasladarse a la ciudad de Sincelejo, para una intervención quirúrgica...”* (folio 125, cuaderno de pruebas).

.- Copia del registro presupuestal de fecha primero de abril de 2013 (folio 128, cuaderno de pruebas).

.- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 1º de abril de 2013 (folio 129, cuaderno de pruebas).

.- Copia de acta de inicio de prestación de servicios profesionales de fecha 4 de junio de 2013 (folio 171, cuaderno de pruebas).

.- Copia del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión de fecha 4 de junio de 2013 (folio 132 – 135, cuaderno de pruebas).

.- Copia de los estudios de conveniencia y oportunidad de fecha mayo 22 de 2013 (folios 138 – 140, cuaderno de pruebas).

.- Copia del registro presupuestal de fecha 4 de junio de 2013 (folio 142, cuaderno de pruebas).

.- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 4 de junio de 2013 (folio 143, cuaderno de pruebas).

.- Copia de acta de inicio de prestación de servicios profesionales de fecha 2 de junio de 2013 (folio 144, cuaderno de pruebas).

.- Copia del contrato de prestación de servicios No. 340 de fecha 2 de julio de 2013 (folios 145 – 148, cuaderno de pruebas).

.- Copia de estudios de conveniencia y oportunidad de fecha junio 27 de 2013 (folios 151 – 152, cuaderno de pruebas).

.- Copia del registro presupuestal de fecha 2 de julio de 2013 (folio 154, cuaderno de pruebas).

.- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal de fecha 2 de julio de 2013 (folio 155, cuaderno de pruebas).

De donde se puede concluir que no se ha demostrado el elemento subordinación, pues, como acertadamente lo señaló la primera instancia, la sola prueba documental, no la acredita, sin que sean de recibo los argumentos del demandante, pues, si bien es cierto se ha aceptado que ciertas actividades presuman subordinación, para el caso concreto, la prueba documental ni siquiera crea el indicio a partir del cual, surge la presunción.

Al efecto, si bien ha dicho el Consejo de Estado frente a la subordinación, en asuntos donde se trata el tema de los celadores:

“Advierte la Sala que si una persona presta servicios como vigilante - celador resulta inadmisibles afirmar que realiza actividades temporales e independientes, siendo que la labor contratada por la entidad exige que se brinde el servicio de seguridad en forma permanente para poder funcionar con total tranquilidad.

Carecería de cualquier lógica que los servicios de vigilancia se prestaran ocasionalmente, siendo que la seguridad de la entidad puede verse afectada en cualquier momento, lo que exige la presencia continua de una persona que ofrezca y garantice la guarda de la misma.

Lo anterior permite concluir que para cumplir con las labores de vigilancia, la persona contratada para tal fin, debe atender y obedecer las órdenes de sus superiores, a quienes les corresponde

determinar en qué forma, horario y dependencia se debe prestar el servicio, es decir, que el elemento de la subordinación es indispensable para que se pueda desarrollar tal servicio”¹⁷.

Para el caso concreto, se desconoce si tal actividad efectivamente se cumplió con subordinación, pues, se tiene que salvo en pocas oportunidades, como puede leerse en la relación probatoria, la mayor parte de las funciones contratadas se referían a la condición de operario de servicios generales y/o recolección de desechos y cuando se extendió al tema de la celaduría, se señaló que la función principal era la mencionada, con otras propias de celaduría¹⁸, desconociéndose finalmente, si tales funciones adicionales se ejecutaron, ya que si bien, para algunos de los contratos obra acta de iniciación, en ninguna parte se menciona que la ejecución que debió ocurrir frente a la celaduría, se hubiese cumplido o ejecutado, máxime si la misma fue considerada subsidiaria.

En este punto es importante anotar, que si bien a folio 43 del cuaderno principal, aparece certificación suscrita por el Tesorero Encargado del Municipio de Guaranda – Sucre, en la que se indica que se adeudan honorarios correspondientes a los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2001, por haberse desempeñado el demandante como “*Vigilante del Centro de Salud*” del Municipio de Guaranda, tal documento, por sí solo, no denota el modo en que se ejecutó el contrato e incluso, lo que es aún más grave para la prosperidad de lo pretendido, la misma existencia del contrato, pues, ha de decirse que en materia de contrato realidad, se exige la existencia de un contrato de prestación de servicios que de manera ficticia, por la manera en que se ejecuta, muta en relación laboral, como se dijo en el marco normativo anteriormente.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección “A”. Sentencia del 2 de mayo de 2013. C. P.: Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN. Radicación No.: 050012331000200403742 01. Número Interno: 2027-2012. Actor: LIZARDO ANTONIO RESTREPO PUERTA.

¹⁸ Así puede entenderse cuando en los contratos, textualmente se dice: “*CLÁUSULA PRIMERA: OBJETO. Prestación de servicios y de apoyo a la gestión en actividades de recolección, transporte y disposición final de los residuos hospitalarios con funciones de celaduría de la Empresa Social del Estado del Municipio de Guaranda...*”, sin que haya mayor detalle, en el contrato, de las actividades a desarrollar como celador.

Ahora bien, las mismas afirmaciones aplican para la condición de operario de servicios generales, pues, en el expediente se desconoce, concretamente, cuáles eran las actividades que cumplía el demandante, si en ejercicio de las mismas recibía órdenes, atendía horario o cualquier otra eventualidad que permita suponer subordinación.

Y si bien es cierto, el empleo de operario de servicios generales aparentemente debería encontrarse en la planta de personal de una ESE, lo cierto es que para el caso concreto, no se aportó documento alguno que permita afirmar la existencia de tal empleo en la ESE demandada.

Frente a las funciones de recolección de desechos o residuos de la ESE, ha de decirse que tal labor, corresponde a aquellas que clasifican como servicios públicos, de ahí que en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Nacional, el Presidente de la República expidió el Decreto 2676 de 2000 (22 de diciembre)¹⁹, *“Por el cual se reglamenta la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares”*, del cual es pertinente señalar lo siguiente:

a) El objeto de dicho decreto, conforme a su artículo 1, es reglamentar ambiental y sanitariamente la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares, generados por personas naturales o jurídicas.

b) Sus disposiciones en los términos de su artículo 2 - modificado por el art. 1 del Decreto 1669 de 2002 y por el artículo 1 del Decreto 4126 de 2005-, se aplican a las personas naturales o jurídicas que presten servicios de salud a humanos y/o animales e igualmente a las que generen, identifiquen, separen, desactiven, empaquen, recolecten, transporten, almacenen, manejen, aprovechen, recuperen, transformen, traten y/o dispongan finalmente los residuos hospitalarios y similares en desarrollo de las actividades, manejo e instalaciones relacionadas con: a) La prestación de servicios de salud, incluidas las acciones de promoción de la salud,

¹⁹ Publicado en el Diario Oficial 44275 de 29 de diciembre de 2000. Modificado por los Decretos 1669 de 2002 (2 de agosto) y 4126 de 2005 (16 de noviembre).

prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación; b) La docencia e investigación con organismos vivos o con cadáveres; c) Bioterios y laboratorios de biotecnología; d) Cementerios, morgues, funerarias y hornos crematorios; y e) Consultorios, clínicas, farmacias, centros de pigmentación y/o tatuajes, laboratorios veterinarios, centros de zoonosis y zoológicos.

Por su parte, prevé el artículo 10 *ibídem* en relación con la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares, que las personas prestadoras del servicio especial de aseo²⁰, deben prestar el servicio de recolección, transporte, tratamiento y disposición final de residuos hospitalarios y similares peligrosos, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, el Decreto 605 de 1996 o la norma que lo modifique o sustituya, el decreto comentado y los procedimientos exigidos por los Ministerios del Medio Ambiente y Salud, según sus competencias.

Y ha de saberse igualmente, que mediante la Resolución núm. 1164 de 2002 (6 de septiembre), expedida por el Ministerio del Medio Ambiente se adopta el Manual de Procedimientos para la Gestión Integral de los Residuos Hospitalarios y Similares, disponiendo en su numeral 6 la posibilidad de gestión interna o externa de la actividad, cuando dice: *“la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares incluye los aspectos de generación, segregación, movimiento interno, almacenamiento intermedio y/o central, desactivación (gestión interna), recolección, transporte, tratamiento y/o disposición final (gestión externa)”*.

Por su parte, los numerales 7 y 8 de la Resolución 1164 de 2002, definen la gestión interna y externa así:

“7. GESTIÓN INTERNA. La gestión interna consiste en la planeación e implementación articulada de todas y cada una de las actividades realizadas en el interior de la entidad generadora de

²⁰ Esta denominación fue derogada por el Decreto 4126 de 2005, al señalar **“Artículo 5º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial la definición de “Prestadores del Servicio Público Especial de Aseo” contenida en el artículo 4º del Decreto 2676 de 2000, y el numeral 15 del artículo 31 del Decreto 2278 de 1982, conforme al Decreto 1036 de 1991”**.

residuos hospitalarios y similares, con base en este manual; incluyendo las actividades de generación, segregación en la fuente, desactivación, movimiento interno, almacenamiento y entrega de los residuos al prestador del servicio especial de aseo, sustentándose en criterios técnicos, económicos, sanitarios y ambientales, asignando recursos, responsabilidades y garantizando mediante un programa de vigilancia y control el cumplimiento del Plan (...)

8. **GESTIÓN EXTERNA. Es el conjunto de operaciones y actividades de la gestión de residuos que por lo general se realizan por fuera del establecimiento del generador** como la recolección, aprovechamiento, el tratamiento y/o la disposición final. No obstante lo anterior, el tratamiento será parte de la gestión interna cuando sea realizado en el establecimiento del generador.

La gestión externa de residuos hospitalarios y similares puede ser realizada por el mismo generador, o ser contratada a través de una empresa prestadora del servicio público especial de aseo y en cualquier caso, se deben cumplir las normas y procedimientos establecidos en la legislación ambiental sanitaria vigente (...)" (negritas no originales).

Además el numeral 8.1.4, sobre el transporte de residuos hospitalarios y similares indica, en uno de sus apartes lo siguiente:

“Los horarios y frecuencias de recolección los **establece el generador** de acuerdo a su capacidad de almacenamiento y el volumen de generación de los residuos. La frecuencia de recolección de los residuos infecciosos no podrá ser inferior a una vez semanal (7 días), debido a sus características y posible descomposición.

“No obstante lo anterior, los pequeños generadores (farmacias, centros de pigmentación y/o tatuajes) podrán ampliar el tiempo de almacenamiento (en ningún caso superior a un mes), siempre y cuando no sean residuos anatomopatológicos o de animales y se adopten las medidas previstas en este manual para minimizar los riesgos sanitarios y ambientales” (Negrilla fuera de texto).

Es decir, que jamás puede predicarse subordinación para quien fue contratado para la recolección de desechos que vengan de una ESE, pues, (i) se trata de una actividad propia del servicio público de aseo, que (ii) por regulación legal debe cumplirse por una empresa que preste tal servicio, regida a su vez por la normatividad propia del mismo servicio, por ende, (iii) se trata de una actividad autónoma, que solo se somete a regulación de

horarios, a efectos de coordinar la recolección de los desechos o residuos, como consecuencia del especial tratamiento que los mismos deben tener, tal y como lo indican las normas antes señaladas.

Siendo así, no puede afirmarse como lo hace el recurrente, que la contratación de la recolección, transporte y disposición final de residuos hospitalarios, sea de aquellas propias de una institución que preste el servicio de salud, pues, a menos que se demuestre, lo cual no ocurre en este caso, que tal servicio se asumió como propio de la ESE, la existencia de contratación implica que tal cosa no ocurría y que la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, escogió la gestión externa de residuos hospitalarios, tal y como puede leerse en lo que se denominó estudios previos de conveniencia y oportunidad.

Finalmente, en lo que hace a la aplicación del art. 24 del C. S. del T., ha de señalarse, que tal regla requiere precisamente de la prueba de la subordinación, como elemento fundamental para acreditar la relación laboral para luego de ello, si, entender que existe un contrato de trabajo o como en este caso, que se tendría derecho al restablecimiento del derecho como si se tratara de un trabajador, por lo que no existiendo prueba de la subordinación, ni siquiera se alcanza a configurar una relación laboral.

De ahí que el recurso de apelación no puede prosperar y en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia, conforme las razones antes mencionadas.

2. 4.- Costas procesales.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas de segunda instancia, a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Sala Primera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 29 de abril de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme las razones expuestas

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

TERCERO: ACEPTAR la renuncia al mandato judicial formulada por XIMENA PATRICIA SIERRA GONZÁLEZ, identificada con la T. P. No. 231.573 del C. S. de la J., apoderada judicial del demandante (folio 27 – 29 Cuad. Seg. Inst.).

CUARTO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0037/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA