

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001-2017-00643-01
Demandante: **PEDRO DANIEL NIETO CHALA**
Demandados: **HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ ESE**

En Bogotá D.C. a los **diez (10) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021)**, la Sala de decisión Laboral que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo preceptuado en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá.

PROVIDENCIA

I. ANTECEDENTES

PEDRO DANIEL NIETO CHALA demandó al **HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ ESE**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare que entre las partes existió contrato de trabajo desde el 1º de noviembre de 2014 hasta el 31 de enero de 2017, que el contrato terminó de manera unilateral y, en consecuencia, solicita se condene a pagar cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, dotaciones, subsidio de transporte, aportes al sistema de seguridad social, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías, indexación, ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones expuso que ingresó a trabajar en el **HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ** el 1 de noviembre de 2015, mediante contrato de

prestación de servicios, desempeñó el cargo de comandante de ambulancia. La duración del contrato se estableció por un mes y se fue renovando mes a mes por períodos iguales, el valor del contrato fue por \$1.500.000, cumplió horario de trabajo de domingo a domingo con turnos de 12 horas de 7:00 p.m. a 7:00 a.m. y de 7:00 a.m. a 7:00 p.m, a mediados de enero de 2017 el gerente del Hospital le comunicó verbalmente que el contrato terminaría el 30 de enero de 2017, decisión que fue tomada sin que mediara justificación alguna, a la finalización del contrato el hospital demandado no pagó liquidación de prestaciones sociales y salarios, adeudando para la fecha el salario de enero de 2017, durante el tiempo laborado ejecutó las labores de forma personal, directamente en las instalaciones de la accionada, bajo la continuada subordinación y dependencia del Dr. FRANCISCO SANCHEZ subgerente administrativo del hospital, siempre devengó \$1.500.000 mensuales que le fue consignada en cuenta de ahorros del Banco Davivienda. El hospital accionado no reconoció cesantías, intereses, prima de servicios, vacaciones, tampoco pagó los aportes al sistema de seguridad social, no entregó dotaciones, ni reconoció auxilio de transporte, agrega que al prestar servicios personales para el HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ ostentó la calidad de trabajador oficial, que todos los meses las funciones ejecutadas quedaban debidamente detalladas en las bitácoras que reposan en las ambulancias, el 1 de junio de 2017 elevó reclamación administrativa al hospital, solicitando el pago del salario adeudado, las prestaciones sociales e indemnizaciones y la demandada el 22 de junio de 2017 procedió a consignar en la cuenta de ahorros la suma de \$1.485.000 por concepto de salario adeudado por el mes de enero de 2017 pero se abstuvo de pagar las prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas.

La demandada fue presentada el 17 de noviembre de 2017 (fl. 71), admitida mediante providencia del 3 de mayo de 2018 (fl. 77), al descorrer el traslado presentó escrito de contestación el cual fue inadmitido por el juzgado mediante auto del 30 de mayo de 2019 (fl. 103). Por no haberse presentado escrito de subsanación en el término concedido, se dio por no contestada (providencia del 18 de julio de 2019 (fl. 104)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia de 24 de septiembre de 2020, absolvió a la demandada de todas las peticiones y condenó en costas al actor (Audio y fls. 183 - 185)

III. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, indicando

“Me permito interponer recurso de apelación contra la presente providencia, teniendo como fundamento que en el presente proceso es evidente la existencia del contrato de trabajo celebrado entre el HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ y el demandante, por reunirse los requisitos exigidos para el mismo, esto es que el demandante prestó personalmente sus servicios, cumpliendo un horario, recibiendo órdenes, que el pago del salario se dio en forma disfrazada a través de un contrato de prestación de servicios y en este caso este contrato generó efectos jurídicos de los cuales surgieron las diferentes pretensiones que se invocaron en la demanda. Quedó ampliamente probado que el HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ suscribió un contrato de prestación de servicios con mi representado y en virtud del mismo se obtuvo que el demandante le prestara sus servicios personales como conductor de ambulancia, naciendo una relación laboral como trabajador oficial, contrario a lo estimado por la juez de esta instancia, téngase en cuenta pues que a mi representado tampoco se puede tener como un empleado público puesto que su labor no se tiene determinada dentro de estas funciones, mi representado fue sometido a una continuada subordinación y dependencia, que se utilizó el mencionado contrato a fin de ser utilizado de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de la verdadera relación de trabajo existente entre las partes con el fin de evadir el reconocimiento y pago de los derechos laborales legítimamente causados en cabeza del actor quien pese a que en apariencia fungió como contratista en realidad ostentó la calidad de trabajador subordinado al servicio del HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ. Por las razones expuestas solicito de los Magistrados del Tribunal acceder a las pretensiones de la demanda por considerar que con las documentales allegadas y con el mismo interrogatorio de parte absuelto el día de hoy se dio por probado los requisitos del contrato laboral, esto es que mi representado prestó personalmente los servicios al HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ en el cargo de conductor de ambulancia, recibió un salario mensual por sus servicios, recibía una subordinación y cumplió un horario además por los servicios allí prestados. Es así como solicito a los Honorables Magistrados se revoque la presente providencia y en consecuencia accedan a las pretensiones de la demanda.”

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido en segunda instancia para presentar alegatos, el apoderado de la demandada presentó escrito en el cual afirmó:

“Lo primero de referir al Despacho es que conforme a lo dispuesto en auto de fecha diecinueve (19) de octubre de 2020, una vez vencido el termino de presentar los alegatos por el apoderado de la parte actora, el suscrito no recibió traslado de los mismos para efectuar el pronunciamiento respectivo. En la oportunidad pertinente me permito presentar alegatos de conclusión ante su honorable Despacho, solicitando respetuosamente se sirva CONFIRMAR la Sentencia de primera instancia, toda vez que en el caso de la referencia no se logró demostrar la configuración de ninguno de los elementos esenciales del contrato de trabajo señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo: “ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES. 1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales: a. La

actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y c. Un salario como retribución del servicio. 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.” a). La actividad personal del trabajador: De las pruebas recaudadas en el plenario, advierte el suscrito que respecto de la actividad personal la misma no quedo acreditada en el proceso, toda vez que la parte demandante allego diversas pruebas documentales, pero con estas no se demostró que el actor ejerciera sus actividades de manera personal ni tampoco si el mismo podía cambiar de turnos o si alguien distinto al contratista podía prestar la actividad por él. Así las cosas, existe una carencia de pruebas que permitan acreditar este elemento esencial del contrato realidad aquí alegado por el accionante, pues lo cierto es que a lo largo del debate procesal no se observó prueba que diera fe de los hechos narrados en la demanda; adicionalmente, en el interrogatorio de parte rendido por el actor no se hizo alusión alguna a la prestación personal del servicio por parte del actor. b). La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador: •Minuta contrato de prestación de servicios y minuta del acta de inicio sin firma por ninguna de las partes. Si bien la copia allegada por el demandante no corresponde a un contrato firmado por las partes, del mismo si se logra extraer, las condiciones específicas en las que se contrata el servicio como conductor de ambulancia para el traslado de pacientes, resaltando que el mismo clausulado que el objeto contractual se desarrolla con autonomía técnica y administrativa sin relación de subordinación o dependencia, sin que el contrato genere relación laboral ni prestaciones sociales a cargo del contratante, de lo anterior de esta simple copia sin firma de ninguna de las partes no se logra demostrar que se configure el elemento de subordinación y dependencia ejercida por el Hospital respecto del demandante señor PEDRO DANIEL NIETO CHALA en el entendido que los hechos plasmados en la demanda para su efectiva acreditación debieron ser demostrados; el apoderado del actor menciona en los hechos de la demanda que este recibía órdenes del señor FRANCISCO SANCHEZ, situación que debió demostrarse por cualquiera de los medios de prueba permitidos por la ley; sin embargo, advierte el suscrito que de las pruebas decretadas y debidamente practicadas no fue posible inferir que el demandante estuviera sujeto a subordinación alguna, tales como imposición de reglamentos o el otorgamiento de órdenes que debieran de ser acogidas por el subordinado. Ahora atendiendo la naturaleza de Entidad Pública de la entidad demandada respecto de la vinculación, el Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, de fecha quince (15) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129- 10), indicó: "(...)El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral. La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente: "Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º) ... " "Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...)". De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber: a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal). Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público. Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena, destacar las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554: "Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la

jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala). Del contrato de prestación de servicios La contratación por prestación de servicios con el Estado ha sido desarrollada por nuestra legislación a través del D. L. 222 de 1983, la Ley 80 de 1993 y más recientemente por la Ley 190 de 1995. La Ley 80 en su artículo 32, dispone: "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 sentencia C-154-971 la Corte Constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra apartes de la norma transcrita, determinó, entre otros, las características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo, concluyendo: "Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada. Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente" (negrilla y subrayado fuera de texto) Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3971-2020 del siete (7) de octubre de dos mil veinte (2020) con ponencia del Magistrado Jorge Prada Sánchez, preciso que: "Al respecto, en sentencia CSJ, 24 abr. 2012, rad. 39600, esta Sala explicó: En este caso el juez debe proceder al análisis probatorio teniendo en cuenta, como lo ha dicho de antaño la jurisprudencia, "...que no ha sido extraño para la jurisprudencia y la doctrina que en muchas ocasiones se pretende desconocer el contrato de trabajo, debiéndose acudir por el Juzgador al análisis de las situaciones objetivas presentadas durante la relación, averiguando por todas las circunstancias que rodearon la actividad desarrollada desde su iniciación, teniendo en cuenta la forma como se dio el acuerdo de voluntades, la naturaleza de la institución como tal, si el empleador o institución a través de sus directivos daba órdenes perentorias al operario y como las cumplía, el salario acordado, la forma de pago, cuáles derechos se reconocían, cuál horario se agotaba o debía cumplirse, la conducta asumida por las partes en la ejecución del contrato etc., para de allí deducir el contrato real, que según el principio de la primacía de la realidad, cuando hay discordia entre lo que se ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. Quiere decir lo anterior que la relación de trabajo no depende necesariamente de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentra colocado. Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina a la luz del artículo 53 de la Carta Política, se orientan a que la aplicación del derecho del trabajo dependa cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuando de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento aparecen circunstancias claras y reales, suficientes para contrarrestar las estipulaciones pactadas por las partes, por no corresponder a la realidad presentada durante el desarrollo del acto jurídico laboral." (negrilla y subrayado fuera de texto) c). Un salario como retribución del servicio: Ahora bien, debe advertirse que respecto del salario y/o retribución derivada del servicio no se encuentra prueba en el expediente que acredite que la E.S.E Hospital Divino Salvador De Sopo efectuare algún pago al actor por

concepto de honorarios; si bien es cierto, se aportaron diversos extractos bancarios los mismos no dan cuenta de cuales de estos pagos fueron o no efectuados por el Hospital Divino Salvador de Sopo. Lo anterior, atendiendo a la primacía de la realidad sobre las formas que debe surgir a la vida jurídica cuando es posible inferir de la situación real del trabajador que lo que se pacto entre las partes trascendió más allá de lo que fue suscrito por las mismas, es decir, debe de acreditarse que en efecto el trabajador desempeño sus actividades bajo condiciones propias de un contrato de trabajo circunstancia que resultaría ajena en el presente caso teniendo en cuenta que la parte actora no acreditó de manera alguna que las circunstancias en que el señor PEDRO DANIEL NIETO CHALA ejerció sus actividades fuesen bajo parámetros diversos a su propia autonomía, máxime si se tiene en cuenta que a lo largo de la litis no fue posible demostrar con plena certeza la existencia de los elementos esenciales de un contrato realidad. Finalmente, advierte el suscrito sobre la calidad de trabajador oficial que alega el actor que como bien lo refirió la Señora Juez de primera instancia el accionante no demostró de manera alguna la calidad de trabajador oficial, toda vez que la labor que ejerció como conductor de ambulancia y la misma no puede ser catalogada dentro lo consagrado en el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, a saber: "PARÁGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo". Al respecto, es claro que demandante para su labor de conductor de ambulancia requirió de un conocimiento técnico, tal como en el mismo interrogatorio de parte lo denominó como "capacitación de conducción (...) y tener unos cursos de primeros auxilios. El curso de primeros auxilios es porque se requiere tener un curso para manejar la ambulancia y en ese curso se les enseña a auxiliar pacientes que van en la ambulancia o se les enseña a auxiliar al paciente en cualquier evento que tenga la persona"; lo anterior, da cuenta que la actividad que ejecuto el señor PEDRO DANIEL NIETO CHALA no se clasifica como actividad destinada al mantenimiento de la planta física hospitalaria o al área de servicios generales lo que en principio hubiera podido darle la calidad de trabajador oficial. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1334-2018 del siete (7) de octubre de dos mil dieciocho (2018) con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Duels Quevedo, preciso que: "(...) En ese orden, y teniendo en cuenta los conceptos ya fijados por esta Sala sobre qué debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», en la providencia ya referida se explicó lo siguiente: Así las cosas, es preciso analizar qué se entiende por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales». Jurisprudencialmente, esta Sala en providencia del 21 de junio de 2004, dentro del proceso conocido con el rad. n.º 22324, explicó lo siguiente: «...los 'servicios generales' dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran». Posteriormente, en sentencia CSJ SL, del 29 de junio de 2011, rad. n.º 36668, respecto al mismo tema señaló: El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría. Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa. En ese mismo sentido, la Corte Constitucional en sentencia del 22 de jun. 2006, rad. T-485/06, razonó: No hay una definición legal o reglamentaria que establezca qué actividades comprende el mantenimiento de la planta física, como tampoco las que integran los servicios generales. No obstante, se ha entendido que serían (i) actividades de mantenimiento de la planta física, "aquellas operaciones y cuidados necesarios para que instalaciones de la planta física hospitalaria, puedan seguir funcionando adecuadamente. Por su parte serían (ii) servicios generales, "aquellos servicios auxiliares de carácter no sanitario necesarios para el desarrollo de la actividad sanitaria." (...) "Dichos servicios no benefician a un área o dependencia específica, sino que facilitan la operatividad de toda organización y se caracterizan por el predominio de actividades de simple ejecución y de índole manual." Dentro tales servicios generales se han incluido los servicios de suministro, transporte, correspondencia y archivo, la vigilancia, y cafetería. Los anteriores definiciones coinciden exactamente con las pautas fijadas

por el Ministerio de Salud, mediante Circular n.º 12 del 6 de febrero de 1991, para la aplicación del párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, sobre la clasificación de los Trabajadores Oficiales del Sector de la Salud. (...) Entonces, no queda duda que la actividad que desarrolló el actor no estaba relacionada con aquellas de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales y, por tanto, no podía ser catalogado como trabajador oficial, pues su labor encuadra en una de carácter asistencial, en tanto no se trata de una simple acción de conducir; implica además el traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado, que exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, mediante la acreditación ineludible de un curso de primeros auxilios acorde con la naturaleza asistencial de la prestación del servicio de salud. Sobre este puntual aspecto, esta Sala también explicó en la sentencia SL18413-2017 lo siguiente: (...) la en tratándose de los servicios de salud, trascienden mucho más allá de las labores de mantenimiento y asepsia de la planta física que resultan necesarias e indispensables para este tipo de servicios, pues, los mismos «servicios de salud» dirigidos a usuarios «pacientes» y Beneficiarios «grupo familiar», incluyen no sólo la atención médica, suministro de medicamentos, los servicios de rehabilitación, la asesoría especializada, sino, también todo el acompañamiento técnico-administrativo que fortalece cabalmente la prestación de los servicios del respectivo nucleó social. Luego entonces, labores incluso como el traslado de pacientes y la participación en actividades de orden y asepsia clínica en el servicio tampoco pueden ser ajenas al área asistencial, pues, teniéndose al ser humano como el eje esencial de este tipo de servicios, la profesionalización que se exige tanto del cuerpo médico como el de enfermería se ha extendido hacia el personal asistencial que está presente desde la antesala administrativa, los diagnósticos, los procedimientos, los tratamientos e intervenciones, los post-clínicos, los post-terapéuticos, hasta la salida o dada de alta de los usuarios». (negrilla y subrayado fuera de texto) De lo expuesto por la HCSJ y de las pruebas se concluye que la actividad de conductor de ambulancia realizada por el señor PEDRO DANIEL NIETO CHALA, como bien lo indico el Despacho de primera instancia debe catalogarse como del grado asistencial, en tanto integra la acción de conducir y el traslado de pacientes en estado crítico que exige un conocimiento en primeros auxilios, hecho que el mismo demandante reitero afirmando que tuvo que adquirir una capacitación determinada y específica respecto del auxilio que debe de brindarle al paciente en el estado en que aquel se encuentre, consecuente con ello el actor en ningún momento fungió como trabajador oficial puesto que su actividad no se encamino en el área de mantenimiento de la planta física del hospital o del área de servicios generales; tampoco logro acreditar ninguno de los elementos esenciales para la configuración de un contrato de trabajo.”

V CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

Con relación a lo manifestado por la parte demandada en los alegatos en el sentido de que no se le corrió traslado de los alegatos del actor, se advierte que de acuerdo con el resumen antes efectuado el demandante no presentó alegatos en esta instancia.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación por la parte demandante la controversia en esta instancia resulta de determinar si entre las partes existió contrato de trabajo.

Refiere el demandante que fue vinculado al ente accionado mediante contrato de prestación de servicios el 1 de noviembre de 2014, para realizar la labor de comandante de ambulancia, actividades que realizó en el horario de domingo a domingo en turnos de 12 horas, con una asignación mensual de \$1.500.000. El contrato terminó el 31 de enero de 2017 por decisión unilateral e injusta del Hospital.

La entidad accionada tiene la naturaleza de Empresa Social del Estado, que de acuerdo con el artículo 194 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994, es una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, cuyo objeto es la prestación de servicios de salud como servicio público a cargo del Estado. Ahora bien, como se trata de una entidad adscrita al Sistema General de Salud, le es aplicable lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 195 ibídem *“...Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990...”*.

A su turno, el párrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990, que regula el estatuto de personal, que corresponde al capítulo IV, clasifica a los empleados, y específicamente el párrafo del mismo, preceptúa que *“...Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones...”*.

Ahora bien, por la naturaleza de la entidad en la cual prestó servicios el actor debe establecerse si tuvo la calidad de trabajador oficial, para lo cual se deberá analizar el material probatorio a fin de determinar las funciones que desempeñó. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en los siguientes términos: *“La jurisprudencia de esta Sala tiene decidido que el carácter de trabajador oficial no puede surgir*

de la celebración de un contrato de trabajo, de una convención colectiva o de la decisión de la empleadora de considerar a una determinada persona como trabajador oficial en razón de ser la propia ley la que determina cuáles de los servidores del Estado a nivel nacional o de entidades departamentales, distritales o municipales tienen el carácter de empleados públicos y cuáles el de trabajadores oficiales; distinción que se encuentra establecida en el art. 5º del decreto 3135 de 1968 y que se extendió jurisprudencialmente a las relaciones de los servidores de la administración departamental y municipal (...).¹

Por consiguiente, se debe dilucidar con base en los hechos demostrados si el demandante tiene la connotación de trabajador oficial, es decir si las actividades realizadas guardan relación con el mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales en la entidad demandada, de acuerdo con el parágrafo del artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

Revisada la documental que se allegó con la demanda, se advierte que en la certificación expedida por la accionada y que aparece al folio 23 se indicó que realizó actividades como CONDUCTOR DE AMBULANCIA, sin embargo no se detallaron las funciones desarrolladas y en el contrato de prestación de servicios de fecha 1 de enero de 2017 se acordó que el objeto del contrato fue la “PRESTACION DE SERVICIOS DE APOYO A LA GESTIÓN COMO CONDUCTOR DE AMBULANCIA PARA LA E.S.E. HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPO CENTRO DE SALUD LA CALERA O PUESTO DE SALUD TOCANCIPÁ.” Y como obligaciones específicas se indicaron: “1. Ejercer la conducción del vehículo que le sea asignado. 2. Ejecutar la actividad guardando y dando cumplimiento a todas las Normas que regulan la profesión de conductor. 2. Velar por el mantenimiento preventivo del vehículo asignado. 4. Responder por los daños que le puedan ser ocasionados al vehículo asignado por negligencia de su parte o incumplimiento de las normas de tránsito. 5. Trasladar en el vehículo las balas de oxígeno para pacientes domiciliarios. 6. Responder por cualquier choque que se pueda presentar en el vehículo, el cual deberá responder con su peculio. 7. No acceder a peticiones o amenazas, de quienes actuando por fuera de la ley pretendan obligarlo a hacer u omitir algún acto o hecho, el CONTRATISTA deberá informar de tal evento al HOSPITAL y a las autoridades competentes para que ellas adopten las medidas necesarias. El incumplimiento de ésta obligación dará lugar a declaratoria de caducidad del contrato. 8 Cumplir con los protocolos, guías y manuales de procesos y procedimientos establecidos en la ESE Hospital Divino Salvador de Sopó. 9. Atender con la ética requerida los usuarios en desarrollo de la prestación del servicio. 10. Desarrollar el objeto de la presente orden en forma personalizada. 11. Las demás obligaciones que disponga en relación con el objeto del contrato”. (fls. 18 y 19).

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 22 de agosto de 1991

Debe tenerse en cuenta, además, que el Decreto 1335 de 1990, por medio del cual se expidió el MANUAL DE FUNCIONES Y REQUISITOS DEL SUBSECTOR OFICIAL DEL SECTOR SALUD, en su artículo 3º al regular las funciones del cargo de CONDUCTOR DE AMBULANCIA, estableció las siguientes:

“1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO Ejecución de labores de conducción de vehículos automotores, lanchas, botes o similares, con el fin de movilizar pacientes. 2. FUNCIONES- Transportar pacientes en ambulancia a los centros hospitalarios o a sus domicilios. -Velar por el mantenimiento y presentación del vehículo y responder por las herramientas y equipos a su cargo. -Transportar suministros, equipos o materiales a los sitios encomendados, cuando se requiera. -Realizar operaciones mecánicas sencillas de mantenimiento del vehículo a su cargo y solicitar la ejecución de aquellas más complicadas. -Manejar equipo de radiocomunicaciones. -Colaborar con el traslado de pacientes, suministros o equipos. - Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

Además, se establecieron como requisitos para desempeñar el cargo:

“3.1 Estudios. Aprobación de dos (2) años de educación secundaria, licencia de conducción y curso de primeros auxilios. 3.2 Experiencia. Dos (2) años de experiencia relacionada.”

Con fundamento en lo anterior, se tiene que el actor como conductor de ambulancia tenía como función a su cargo transportar pacientes, labor para la cual requería conocimiento y experiencia, tal como lo admitió al absolver interrogatorio de parte en el que al indagársele si acreditó capacitación para conducir ambulancia contestó: *“si como no... conducción y en tener unos cursos de primeros auxilios.”* Y que en el curso de primeros auxilios se le enseñó a *“auxiliar pacientes que están en un accidente o en algún evento que tenga el paciente o la persona.”*

Sobre la naturaleza del cargo de conductor de ambulancia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en caso similar, concluyó que las funciones asignadas a este cargo no están relacionadas con aquellas de mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales y que son de carácter asistencial, por lo que no puede clasificarse como trabajador oficial. Para llegar a esta conclusión la Corte consideró:

“Ahora, desde la Resolución n.º 9279 de 1993 del Ministerio de Salud por medio de la cual se adoptó el Manual de Normalización del Competente Traslado para la Red Nacional de Urgencias y se dictaron otras disposiciones, se consideró que «dentro de la prestación de los servicios de salud, las ambulancias deben ser una proyección de la atención institucional; eficiente, idónea y oportuna en la atención inicial del paciente urgente; del paciente crítico y del paciente limitado» y en su artículo 2.º previó que «el personal que forme parte del equipo médico asistencial, si como el auxiliar (auxiliar de enfermería, radiocomunicador y conductor), deben tener la capacitación necesaria para que el servicio que se preste sea oportuno e idóneo y

cumplir con los requisitos y funciones mínimas establecidas en el Decreto 1335 de 1990 o los contemplados en el Manual de Funciones y Requisitos, cuando se trate de entidades públicas».

A su vez, posteriores actos administrativos expedidos por el Ministerio de Salud y Protección Social dispusieron los procedimientos y condiciones de inscripción de los Prestadores de Servicios de Salud y de habilitación de servicios de salud, tales como las Resoluciones No 001043 de 2006, 1441 de 2003 y 2003 de 2014, y en sus anexos técnicos en lo relativo a los conductores de ambulancia les sigue exigiendo una capacitación en primeros auxilios.

Entonces, no queda duda que la actividad que desarrolló el actor no estaba relacionada con aquellas de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales y, por tanto, no podía ser catalogado como trabajador oficial, pues su labor encuadra en una de carácter asistencial, en tanto no se trata de una simple acción de conducir; implica además el traslado de pacientes en estado crítico, urgente o limitado, que exige tener un conocimiento mínimo de atención prioritaria, mediante la acreditación ineludible de un curso de primeros auxilios acorde con la naturaleza asistencial de la prestación del servicio de salud.

Sobre este puntual aspecto, esta Sala también explicó en la sentencia SL18413-2017 lo siguiente:

(..) la <labor asistencial> en tratándose de los servicios de salud, trascienden mucho más allá de las labores de mantenimiento y asepsia de la planta física que resultan necesarias e indispensables para este tipo de servicios, pues, los mismos «servicios de salud» dirigidos a usuarios «pacientes» y Beneficiarios «grupo familiar», incluyen no sólo la atención médica, suministro de medicamentos, los servicios de rehabilitación, la asesoría especializada, sino, también todo el acompañamiento técnico-administrativo que fortalece cabalmente la prestación de los servicios del respectivo núcleo social. Luego entonces, labores incluso como el traslado de pacientes y la participación en actividades de orden y asepsia clínica en el servicio tampoco pueden ser ajenas al área asistencial, pues, teniéndose al ser humano como el eje esencial de este tipo de servicios, la profesionalización que se exige tanto del cuerpo médico como el de enfermería se ha extendido hacia el personal asistencial que está presente desde la antesala administrativa, los diagnósticos, los procedimientos, los tratamientos e intervenciones, los post-clínicos, los post-terapéuticos, hasta la salida o dada de alta de los usuarios».

En ese orden de ideas, no resulta dable aceptar como lo hizo el ad quem que «la actividad del actor encaja en la de servicios generales en tanto cobija dentro de ese concepto “el manejo de los demás bienes como vehículos”», pues se reitera su labor era asistencial y, en esa medida, tuvo la calidad de empleado público.” (SL1334-2018. Radicación 63727. Mag. Ponente: Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

De acuerdo con todo lo anterior y como quedó demostrado que las labores desarrolladas por el demandante no se relacionan con el mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, no es posible concluir que el demandante tuvo la calidad de trabajador oficial y que estuvo vinculado a la ESE demandada mediante contrato de trabajo.

Ahora bien, como las actividades que realizó el demandante corresponden a la clasificación de empleado público en la entidad demandada, considera la Sala que el proceso ha debido tramitarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del CPACA,

que establece que esta jurisdicción, conoce de los procesos relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen sea administrado por una persona de derecho público, así como los de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo.

Así las cosas, considera la Sala que se configura la falta de jurisdicción, por lo que debe darse aplicación al artículo 138 del CGP que establece: *“Cuando se declare la falta de jurisdicción, o la falta de competencia por el factor funcional o subjetivo, lo actuado conservará su validez y el proceso se enviará de inmediato al juez competente; pero si se hubiere dictado sentencia, esta se invalidará...”*, en consecuencia, se declarará la nulidad de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020 y se ordenará remitir el proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Zipaquirá (reparto) para que si así lo consideran asuman el conocimiento del mismo.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. DECLARAR LA FALTA DE JURISDICCION** de los jueces laborales para conocer del presente proceso.
- 2. DECLARAR** la nulidad de la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2020, por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **PEDRO DANIEL NIETO CHALA** contra **HOSPITAL DIVINO SALVADOR DE SOPÓ ESE**, conforme lo anotado en la parte motiva de esta providencia.
- 3. ENVIAR** el presente proceso a los Jueces Administrativos del Circuito de Zipaquirá (Reparto) para que si lo consideran asuman el conocimiento del presente asunto.

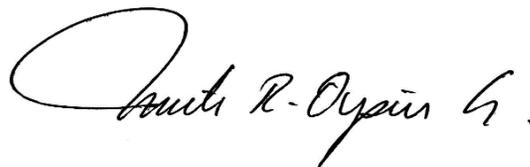
4. **REMITIR** copia de esta providencia al Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, para que hagan las desanotaciones que corresponda en los libros radicadores.

5. **SIN COSTAS.**

LAS PARTES SE NOTIFICARÁN POR EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA