

13001-33-33-008-2017-00214-01

Cartagena de Indias D. T. y C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

## I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

<b>Medio de control</b>	<b>NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO</b>
<b>Radicado</b>	<b>13001-33-33-008-2017-00214-01</b>
<b>Accionante</b>	<b>NIVALDO NICANOR ORTIZ MIER</b> <a href="mailto:josesaraca@hotmail.com">josesaraca@hotmail.com</a>
<b>Accionada</b>	<b>ESE HOSPITAL DE CALAMAR</b> <a href="mailto:esehospitallocaldecalamar@gmail.com">esehospitallocaldecalamar@gmail.com</a>
<b>Tema</b>	<b>CONTRATO REALIDAD</b>
<b>Magistrado Ponente</b>	<b>JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL</b>

*TURNO AL DESPACHO: REITERACIÓN JURISPRUDENCIAL CONTRATO REALIDAD*

## II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala fija de decisión No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018)<sup>1</sup>, proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió a las pretensiones de la demanda.

## III.- ANTECEDENTES

### 1. LA DEMANDA<sup>2</sup>.

#### 1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se señalan como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier, estuvo vinculado en la ESE Hospital Local de Calamar en el cargo de Técnico de Rayos X, mediante contratos y órdenes de prestación de servicios, en el período comprendido del 02 de enero del año 2002 al 01 de octubre de 2016.

<sup>1</sup> Folios 273-282 cdr.2

<sup>2</sup> Folios 1-167 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00214-01

- Se afirma en el libelo, que las labores desempeñadas por el actor fueron desarrolladas de manera personal, continua, permanente, sin experimentar cambios y subordinada, toda vez que debía cumplir con un horario de trabajo de ocho horas diarias impuesto por la entidad accionada a través de su gerente como superior inmediato. Igualmente, recibía una retribución mensual por la labor prestada, razón por la cual, existió entre el demandante y la ESE Hospital Local de Calamar una relación laboral.
- Que, las labores desarrolladas por el accionante, en nada se diferenciaron de las funciones que cumplían las personas vinculadas laboralmente a la ESE Hospital Local de Calamar, comoquiera que todos debían presentar al jefe inmediato, un informe de las funciones desempeñadas, con la diferencia de que los servidores públicos no laboraban horas extras, nocturnas, dominicales ni festivos.
- Se alega que la entidad accionada disfrazó los contratos de prestación de servicios suscritos, sin embargo, los mismos se desnaturalizan ya que las labores encomendadas se ordenaron bajo subordinación y absoluta dependencia, se prolongaron en el tiempo y el accionante recibió una remuneración mensual como contraprestación por los servicios desarrollados, por lo que, nace el derecho de recibir las prestaciones sociales en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

## 1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare:

- (i) Que entre el señor Nivaldo Nicamor Ortiz Mier y la entidad demandada ESE Hospital Local de Calamar, existieron varios contratos sucesivos de trabajo disfrazados de contratos de prestación de servicios, entre el 02 de enero del año 2002 y el 01 de octubre de 2016; y
- (ii) La declaratoria de nulidad del acto administrativo ficto negativo por la no respuesta respecto de la petición elevada ante la entidad accionada en fecha 05 de mayo de 2017, en cuanto negó la existencia de una relación laboral con el actor y el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, intereses

13001-33-33-008-2017-00214-01

moratorios por el no pago de las cesantías producto del contrato de trabajo disfrazado de contrato estatal y demás emolumentos.

En consecuencia, a título de restablecimiento del derecho solicita que:

- (i) Se condene a la ESE Hospital Local de Calamar a que reconozca y pague al accionante todas las prestaciones sociales legales y correspondientes a los períodos en que estuvo vinculado laboralmente, teniendo en cuenta los valores de los contratos celebrados en los años 2004, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.
- (ii) Se dé cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del CPACA.
- (iii) Se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las indexaciones de las sumas de las prestaciones sociales y demás emolumentos a los que tiene derecho el actor.
- (iv) Se le reconozcan y paguen los intereses moratorios a partir del día siguiente a la fecha de la ejecutoria de la sentencia y hasta que se efectúen los pagos correspondientes.
- (v) Se condene en costas a la ESE Hospital Local de Calamar.
- (vi) Se condene a la parte accionada al pago de los porcentajes de cotización correspondientes a pensión y salud, que debió trasladar a los fondos respectivos durante todo el tiempo en que el actor prestó sus servicios.
- (vii) Que el tiempo laborado bajo la supuesta modalidad de contrato de prestación de servicios, se compute para efectos de pensión.

### **1.3 Normas violadas y concepto de violación.**

La parte demandante señala como normas violadas las siguientes: artículos 1, 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo; y artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

## **2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA<sup>3</sup>.**

La ESE Hospital Local de Calamar, a través de apoderado judicial, presentó escrito de contestación de la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de sustento fáctico y jurídico.

<sup>3</sup> Folios 183-191 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00214-01

Arguye que no es cierto que el demandante haya desempeñado sus labores bajo la subordinación absoluta del Gerente de la entidad demandada, sino que por el contrario, desarrolló sus funciones de forma independiente, con un supervisor del contrato como lo señala la respectiva normativa, en las instalaciones de la ESE y en el horario de atención al público, sin que ello implique la imposición de un horario que debía cumplir.

Propuso como excepción, la siguiente:

1. INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y LAS ACRENCIAS LABORALES SOLICITADAS.

### **3. ACTUACIÓN PROCESAL.**

#### **3.1. Sentencia de Primera Instancia.**

Mediante sentencia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que en el asunto bajo estudio, se demostró la existencia de una verdadera relación laboral entre el demandante y la entidad demandada.

Manifestó el A-quo que, se encontraron debidamente configurados los tres elementos de la relación laboral, esto es, la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación de dicho servicio.

Por lo anterior, el Juez de primera instancia resolvió lo siguiente:

*“PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD del acto ficto constituido con petición de fecha 05 de mayo de 2017, el cual niega el reconocimiento de la relación laboral entre la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR y NIVALDO NICANOR ORTIZ MIER, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

*SEGUNDO: CONDÉNESE a la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, a título de reparación del daño, a reconocer y pagar a favor del señor NIVALDO NICANOR ORTIZ MIER, las prestaciones sociales, tomando como base los honorarios contractuales, correspondientes a los*



13001-33-33-008-2017-00214-01

períodos en los cuales se demostró la existencia de la relación laboral, es decir, entre el 02 de enero de 2003 hasta 01 de octubre de 2016, debiéndose excluir las que se encuentren prescritas conforme se determine en esta resolutive.

*TERCERO: CONDÉNESE a la ESE HOSPITAL DE CALAMAR a CALCULAR el ingreso base de cotización pensional (IBC) sobre los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios del señor NIVALDO NICANOR ORTIZ MIER, mes a mes, y si existe diferencia entre los aportes realizados como contratistas y los que se debieron efectuar, cotizar al respectivo fondo de pensiones las sumas faltantes por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía como empleador, durante sus vínculos contractuales y en la eventualidad de que no las hubiesen hecho o existiese diferencia en su contra, tendrá la carga de cancelar o completar, según el caso, el porcentaje que le atañe como trabajador, según las consideraciones de la parte motiva.*

*CUARTO: DECLÁRESE que el tiempo laborado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios se debe computar para efectos pensionales.*

*QUINTO: DECLÁRESE LA PRESCRIPCIÓN respecto de las sumas y/o prestaciones causados con anterioridad al 04 de julio del año 2014, en concordancia con el ordinal segundo de esta providencia, y conforme a la parte motiva de la misma.*

*SEXTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.*

*SÉPTIMO: Esta sentencia se cumplirá conforme a los dispuesto en los artículos 187, 192 y 193 CPACA.*

*OCTAVO: Se condenará al pago de Agencias en Derecho al valor que resulte de aplicar el TRES (3%) a la suma que efectivamente reciba la demandante.*

*NOVENO: Una vez en firme esta sentencia, devuélvase a la parte el remanente de los gastos del proceso si lo hubiere y archívese el expediente dejando las constancias del caso."*

### **3.2. Recurso de apelación.**

#### **3.2.1. Parte demandante – Nivaldo Nicanor Ortiz Mier.<sup>4</sup>**

La parte actora presentó recurso de apelación, en el cual solicita que se modifiquen los numerales segundo y quinto del fallo de primera instancia, toda vez que considera que la medida adoptada resulta desproporcionada y perjudicial, comoquiera que cercena el derecho a percibir las prestaciones sociales correspondientes a 11 años de los 14 en que prestó sus servicios a la entidad demandada ESE Hospital Local de Calamar.

Considera que el término de dos meses de interrupción entre la ejecución de un contrato de prestación de servicios y otros, es muy poco tiempo para decretar la prescripción de un derecho.

#### **3.2.2. Parte demandada – ESE Hospital Local de Calamar.<sup>5</sup>**

La entidad accionada interpuso recurso de apelación a fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que dentro del caso sub-examine, la parte demandante debió probar plenamente la subordinación alegada, toda vez que el derecho de coordinar las actividades que ejecuta el contratista, no implica subordinación.

Manifiesta que dentro del expediente no milita prueba que demuestre que la actividad contractual desarrollada por el señor Nivaldo Ortiz Mier era impuesta por la entidad accionada, toda vez que, si bien en algunos casos el demandante cumplió con horarios para la ejecución de sus actividades, por ello no puede concluirse que hubo subordinación, teniendo en cuenta que el servicio por el cual fue contratado debía prestarse en los horarios de atención al público y no en un horario distinto, por tratarse de una entidad de salud.

En ese sentido, que exista una relación de coordinación entre el contratante y el contratista y que la misma incluya el cumplimiento de unos horarios, no significa que se configure el elemento subordinación.

### **3.3. Trámite procesal de segunda instancia.**

<sup>4</sup> Folios 285-286 cdr.2

<sup>5</sup> Folios 289-294 cdr. 2

13001-33-33-008-2017-00214-01

A través del auto de fecha once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)<sup>6</sup>, este Despacho admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada. Mediante auto de fecha once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)<sup>7</sup>, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

### **3.4. ALEGACIONES**

La entidad demandada<sup>8</sup> presentó alegatos de conclusión.

La parte demandante presentó<sup>9</sup> alegatos finales.

### **3.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Ministerio Público no rindió concepto de fondo.

## **IV.- CONTROL DE LEGALIDAD**

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de segunda instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

## **V.- CONSIDERACIONES**

### **1. COMPETENCIA.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

---

<sup>6</sup> Folio 4 cdr.3

<sup>7</sup> Folio 8 cdr.3

<sup>8</sup> Folios 11-14 cdr.3

<sup>9</sup> Folios 15-16 cdr.3

13001-33-33-008-2017-00214-01

## **2. ASUNTO DE FONDO.**

### **2.1. Problema Jurídico.**

La Sala encuentra que el problema jurídico se concreta en el siguiente cuestionamiento:

*¿Determinar si en el presente asunto, se encuentran demostrados los supuestos de hecho para declarar la existencia de una relación laboral entre la ESE Hospital Local de Calamar y el demandante, por el período comprendido entre el 02 de enero de 2002 al 01 de octubre de 2016 y, en consecuencia, hay lugar a ordenar el pago de las acreencias laborales reclamadas?*

Para analizar el anterior cuestionamiento, será necesario que la Sala analice los elementos del contrato realidad de cara con los elementos probatorios que fueron arrimados al plenario; y de ser positivo, se deberá determinar si:

*¿Se encuentran prescritos, dentro del presente asunto, los derechos laborales deprecados por el actor?*

### **2.2. Tesis de la Sala.**

La Sala sustentará como tesis que en el presente asunto el demandante no acreditó en debida forma la subordinación como elemento esencial de la relación laboral y por ende no fue desvirtuada la presunción de vinculación contractual entre este y la ESE Hospital Local de Calamar a través de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos, por lo que deberá revocarse la sentencia de primera instancia y en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

## **3. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.**

### **3.1. Del contrato realidad.**

De conformidad con lo consagrado en el artículo 122 y 125 de la Constitución Política de Colombia, existen tres formas de vinculación a una entidad pública, esto es (i) a través de una relación legal y reglamentaria, la cual corresponde a los denominados empleados públicos; (ii) por medio de un contrato laboral, el cual cobija los llamados trabajadores oficiales y; (iii)

13001-33-33-008-2017-00214-01

mediante contratos de prestación de servicios, vinculación que ha sido considerada como una relación de naturaleza contractual con el Estado.

Esta última forma de vinculación con el Estado se reguló a través del Decreto Ley 222 de 1983<sup>10</sup>, la Ley 80 de 1993<sup>11</sup> y mediante la Ley 190 de 1995<sup>12</sup>.

Al respecto, la Ley 80 de 1993 en su artículo 32 señala que, dentro de los contratos estatales, se encuentra el contrato de prestación de servicios, que son aquellos que celebran las entidades estatales con personas naturales, siempre y cuando las funciones requeridas no puedan realizarse por el personal de planta de la entidad o cuando se requieran conocimientos especializados, con el fin de desarrollar actividades en pro del funcionamiento de la Administración o de la misma entidad.

Igualmente, la normativa anterior establece que la vinculación hecha a través de los contratos de prestación de servicios, no generan relación laboral ni prestaciones sociales, y sólo se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

En ese sentido, se tiene que los contratos de prestación de servicios: (i) tienen como propósito desarrollar actividades relacionadas con el funcionamiento de la entidad; (ii) sólo pueden celebrarse con personas naturales; (iii) las actividades que se contratan no pueden realizarse con personal de planta o deben requerir un conocimiento especializado y; (iv) la suscripción de los mismos no constituye una relación de carácter laboral.

Si bien el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 señala taxativamente que "*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable*", tal afirmación, según lo ha considerado la jurisprudencia<sup>13</sup>, al ser una presunción legal y no de derecho, puede ser desvirtuada si se logra demostrar que en la práctica encubre una relación de carácter laboral.

<sup>10</sup> "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones".

<sup>11</sup> "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

<sup>12</sup> "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa".

<sup>13</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. providencia del nueve (9) de octubre de dos mil catorce (2014). Radicado: 68001-23-33-000-2012-00119-01(2727-13). Actor: Fabio Augusto Hernández Grimaldos. Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

13001-33-33-008-2017-00214-01

Lo anterior, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecido en el artículo 53 Constitucional, el cual debe aplicarse cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios con el propósito de esconder una relación laboral.

Para hacer más fácil la identificación de si se está ante una verdadera relación laboral, conviene citar el pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 de 1997 en el cual plasmó las diferencias del contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo.

En ese sentido, sostuvo la Corte en la precitada jurisprudencia, que para que se configure el contrato de trabajo se requiere de la existencia de la prestación personal del servicio, una continuada subordinación laboral y una remuneración como contraprestación al servicio realizado. En cambio, frente al contrato de prestación de servicio, la actividad desplegada independiente puede provenir de una persona jurídica donde no exista el elemento de subordinación laboral o dependencia en la potestad de impartir órdenes para la ejecución de la labor contratada.

Así las cosas, concluye esa Corporación que la diferencia principal del contrato de trabajo y el contrato de prestación de servicios se basa en el elemento fundamental de la subordinación, consistente en la actitud por parte de la Administración de impartir órdenes a quien presta el servicio, además de la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio.

De acuerdo a lo expuesto, y conforme también lo ha señalado en múltiples ocasiones esta jurisdicción, para que se considere la existencia de una verdadera relación laboral es necesario que se demuestren los elementos esenciales de la misma que son: (i) la prestación personal del servicio; (ii) que por dicha labor se reciba una remuneración o pago y; (iii) que exista subordinación o dependencia respecto de la entidad.

Esta última se refiere en términos generales, a que le exijan al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado<sup>14</sup> argumenta que, además de las

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de fecha 04 de febrero de 2016. Radicado No. 05001-23-31-000-2010-02195-05 (1149-15). C.P. Sandra Lisset Ibarra Velez.

13001-33-33-008-2017-00214-01

exigencias legales anteriormente hechas, también debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba se encuentra principalmente en cabeza de la parte actora, es decir, que es el demandante quien debe demostrar que la permanencia de las actividades desplegadas es inherente a la entidad demandada, y que con ello exista similitud y equidad con los demás empleados de planta respecto de las actuaciones que desempeñe el actor.

Ahora bien, al analizar la subordinación, debe mirarse si se está en presencia de ella realmente o si por el contrario se da la coordinación necesaria que debe existir para el cumplimiento del contrato suscrito, caso en el cual no puede considerarse la existencia de una relación laboral<sup>15</sup>.

#### 4. CASO CONCRETO

##### 4.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución del problema jurídico:

Entre las partes se celebraron los siguientes contratos de prestación de servicios, los cuales vienen suscritos por el demandante y la ESE Hospital Local de Calamar:

No.	Plazo	Valor
Sin número <sup>16</sup>	Desde el 15 de enero al 15 de mayo de 2007.	\$3.200.000
Sin número <sup>17</sup>	Desde el 01 de junio al 30 de noviembre de 2007.	\$4.800.000
Otro Sj <sup>18</sup>	Desde el 01 al 31 de diciembre de 2007	\$800.000
Sin número <sup>19</sup>	Desde el 02 de enero al 31 de marzo de 2008.	\$2.700.000
Sin número <sup>20</sup>	Desde el 01 de abril al 30 mayo de 2008.	\$1.800.000
Sin número <sup>21</sup>	Desde el 03 de junio al 30 de septiembre de 2008.	\$3.600.000

<sup>15</sup> Posición fijada en la decisión de la Sala Plena de esta Corporación del 18 de noviembre de 2003, Radicado IJ-0039, actora: María Zulay Ramírez Orozco.

<sup>16</sup> Folio 33-35 cdr.1

<sup>17</sup> Folio 36-38 cdr.1

<sup>18</sup> Folio 32 cdr.1

<sup>19</sup> Folios 39-41 cdr.1

<sup>20</sup> Folios 42-44 cdr.1

<sup>21</sup> Folios 211-213 cdr.2



13001-33-33-008-2017-00214-01

Sin número <sup>22</sup>	Desde el 01 de octubre al 31 de diciembre de 2008.	\$3.000.000
Sin número <sup>23</sup>	Desde el 05 de enero al 05 de abril de 2009.	\$3.000.000
Sin número <sup>24</sup>	Desde el 06 al 30 de abril de 2009.	\$833.333
Sin número <sup>25</sup>	Desde el 04 de mayo al 04 de agosto de 2009.	\$3.000.000
Sin número <sup>26</sup>	Desde el 05 de agosto al 05 de septiembre de 2009	\$1.000.000
Sin número <sup>27</sup>	Desde el 05 de septiembre al 05 de noviembre de 2009.	\$1.600.000
Sin número <sup>28</sup>	Desde el 06 de noviembre al 31 de diciembre de 2009	\$1.466.650
Sin número <sup>29</sup>	Desde el 06 de julio al 06 de octubre de 2010.	\$2.486.400
Sin número <sup>30</sup>	Desde el 07 de octubre de 2010 al 07 de enero de 2011.	\$2.880.000
Sin número <sup>31</sup>	Desde el 05 al 31 de diciembre de 2011.	\$960.000
Sin número <sup>32</sup>	Desde el 01 de junio 01 de octubre de 2011.	\$3.840.000
Sin número <sup>33</sup>	Desde el 03 de octubre al 03 de diciembre de 2011.	\$1.920.000
Sin número <sup>34</sup>	Desde el 01 al 31 de enero de 2012.	\$1.015.680
Sin número <sup>35</sup>	Desde el 01 de febrero al 31 de mayo de 2012.	\$4.062.720
Sin número <sup>36</sup>	Desde el 01 de junio al 31 de agosto de 2012.	\$3.045.000
Sin número <sup>37</sup>	Desde el 03 de septiembre al 03 de octubre de 2012.	\$1.015.000
Sin número <sup>38</sup>	Desde el 04 de octubre al 02 de noviembre de 2012.	\$1.015.000
Sin número <sup>39</sup>	Desde el 04 de noviembre al 31 de	\$2.030.000

<sup>22</sup> Folios 45-46 cdr.1

<sup>23</sup> Folios 47-49 cdr.1

<sup>24</sup> Folios 50-52 cdr.1

<sup>25</sup> Folios 53-55 cdr.1

<sup>26</sup> Folios 56-58 cdr.1

<sup>27</sup> Folios 59-61 cdr.1

<sup>28</sup> Folios 62-64 cdr.1

<sup>29</sup> Folios 65-67 cdr.1

<sup>30</sup> Folios 68-70 cdr.1

<sup>31</sup> Folios 71-73 cdr.1

<sup>32</sup> Folios 74-76 cdr.1

<sup>33</sup> Folios 77-79 cdr.1

<sup>34</sup> Folios 80-82 cdr.1

<sup>35</sup> Folios 83-85 cdr.1

<sup>36</sup> Folios 86-88 cdr.1

<sup>37</sup> Folios 89-91 cdr.1

<sup>38</sup> Folios 92-93 cdr.1

<sup>39</sup> Folios 94-95 cdr.1



13001-33-33-008-2017-00214-01

	diciembre de 2012.	
Sin número <sup>40</sup>	Desde el 02 de enero al 02 de febrero de 2013.	\$1.055.600
Sin número <sup>41</sup>	Desde el 08 de febrero al 08 de marzo de 2013.	\$1.055.600
Sin número <sup>42</sup>	Desde el 09 de marzo al 08 de agosto de 2013.	\$5.278.000
Sin número <sup>43</sup>	Desde el 08 de agosto al 31 de diciembre de 2013.	\$4.996.507
Sin número <sup>44</sup>	Desde el 03 de enero al 03 de mayo de 2014.	\$4.222.400
023 <sup>45</sup>	Desde el 04 de julio al 04 de octubre de 2014.	\$3.166.800
Sin número <sup>46</sup>	Desde el 06 de noviembre al 31 de diciembre de 2014.	\$2.111.200
Sin número <sup>47</sup>	Desde el 02 de febrero al 02 de marzo de 2015.	\$1.055.600
Sin número <sup>48</sup>	Desde el 01 de abril al 01 de junio de 2015.	\$2.112.000
Sin número <sup>49</sup>	Desde el 02 de junio al 02 de octubre de 2015.	\$4.224.000
Otro Si No. 001 <sup>50</sup>	Desde el 03 de octubre al 03 de noviembre de 2015.	\$1.056.000
Sin número <sup>51</sup>	Desde el 04 de noviembre al 31 de diciembre de 2015.	\$2.112.000
Sin número <sup>52</sup>	Desde el 04 de enero al 04 abril de 2016.	\$3.168.000
Sin número <sup>53</sup>	Desde el 01 de julio al 01 de octubre de 2016.	\$3.768.000

De la lectura de los anteriores contratos, se observa que, si bien el objeto de los mismos fue modificado en cuatro ocasiones<sup>54</sup>, todos confluyen en que

<sup>40</sup> Folios 96-97 cdr.1

<sup>41</sup> Folios 98-99 cdr.1

<sup>42</sup> Folios 100-101 cdr.1

<sup>43</sup> Folios 102-103 cdr.1

<sup>44</sup> Folios 104-105 cdr.1

<sup>45</sup> Folios 106-110 cdr.1

<sup>46</sup> Folios 111-115 cdr.1

<sup>47</sup> Folios 116-120 cdr.1

<sup>48</sup> Folios 121-125 cdr.1

<sup>49</sup> Folios 126-128 cdr.1

<sup>50</sup> Folio 129 cdr.1

<sup>51</sup> Folios 130-132 cdr.1

<sup>52</sup> Folios 133-135 cdr.1

<sup>53</sup> Folios 136-138 cdr.1

<sup>54</sup> "CLAUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: Este contrato tendrá por objeto prestar sus servicios como técnico de Rayos X, de la E.S.E Hospital Local de Calamar, Bolívar, ejerciendo las siguientes funciones a) realizar los RX correspondientes al 1 nivel, revelado de los mismos y entrega formal de estos resultados, b) responder por el buen funcionamiento de los equipos y control de los insumos requeridos para los estudios radiológicos del 1er nivel."

13001-33-33-008-2017-00214-01

dicho objeto va dirigido a la prestación de los servicios del demandante como Técnico de Rayos X en la ESE Hospital Local de Calamar, por un determinado período.

Obra en el expediente reclamación administrativa de fecha 05 de mayo de 2017, presentada por el señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier ante la ESE Hospital Local de Calamar, en la que solicita que se reconozca que entre ambas partes existió de manera sucesiva contratos de trabajo y no de prestación de servicios, en el período comprendido entre el 02 de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2016 y, como consecuencia de ello, se le reconozca, liquide y pague los emolumentos a que tiene derecho.<sup>55</sup> Dicha reclamación motivó el acto administrativo acusado en el presente asunto.

Igualmente, se allega al plenario, oficio de fecha 24 de mayo de 2017, mediante el cual la ESE Hospital Local de Calamar, da respuesta al derecho de petición interpuesto por el señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier, en el que solicitó la expedición de copia auténtica de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritos por éste último y la entidad accionada, copia auténtica de los horarios de trabajo cumplidos por el actor y certificación de las remuneraciones percibidas como contraprestación del servicio prestado.<sup>56</sup>

De igual manera, se encuentra allegada al expediente certificación de fecha 24 de mayo de 2017, expedida por la Gerente de la ESE Hospital Local de Calamar, en donde consta que el accionante prestó sus servicios como técnico en Rayos X en calidad de contratista, desde el 02 de enero de 2004 hasta agosto de 2016.<sup>57</sup>

Así mismo, reposa en el expediente, constancias de órdenes de prestación de servicios suscritas por la Gerente de la ESE Hospital Local de Calamar y el señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier, debido a que no se cuenta en la planta de

---

*"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO: Este contrato tendrá por objeto prestar sus servicios como técnico de Rayos X, de la E.S.E. Hospital Local de Calamar."*

*"PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se obliga para con el HOSPITAL a prestar sus servicios como TECNICO DE RAYOS X realizando las actividades conexas y complementarias que requiera el adecuado desarrollo del objeto contractual, servicios que prestara con plena autonomía intelectual y sin estar sometido a subordinación."*

*"CLAUSULA PRIMERA: OBJETO: El objeto del presente contrato es la Prestación de Servicios de Apoyo y Asistencia en el Área de RAYOS X de la ESE Hospital Local de Calamar."*

<sup>55</sup> Folio 11 cdr.1

<sup>56</sup> Folios 13-16 cdr.1

<sup>57</sup> Folios 17-20 cdr.1

13001-33-33-008-2017-00214-01

personal de dicha entidad, con los recursos humanos suficientes para adelantar las actividades propias de Técnico de Rayos X.<sup>58</sup>

Dentro del plenario, se aportó copia simple de las planillas de los horarios de enero, febrero, abril a diciembre de 2008; horarios de enero a diciembre de 2009; horarios de enero a junio y de agosto a diciembre de 2010; horarios de abril, junio y septiembre de 2014, para el área de radiología de la ESE Hospital Local de Calamar.<sup>59</sup>

Se observa certificado expedido por el Asesor Contable de la ESE Hospital Local de Calamar, en el que se señala que el señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier prestó sus servicios como técnico radiólogo desde el 02 de enero de 2003 al 27 de marzo de 2008.<sup>60</sup>

Igualmente, se allega derecho de petición presentado ante la ESE Hospital Local de Calamar en fecha 28 de marzo de 2009, en el cual el demandante solicita que se ordene su vinculación a la planta de personal de la entidad demandada, se le cancelen las obligaciones correspondientes por los servicios prestados, y la cancelación de los salarios de los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2005.<sup>61</sup>

Así mismo, obra en el expediente, respuesta por parte de la entidad demandada ESE Hospital Local de Calamar al derecho de petición presentado por el accionante, en el cual señala que *“carece de competencia para acceder a lo solicitado por el demandante, puesto que la decisión de crear, modificar o suprimir un cargo de planta de personal es del resorte de la Junta Directiva de la Institución”*. Además, respecto del pago de honorarios adeudados, menciona que es necesario que el señor Nivaldo Ortiz Mier allegue la documentación pertinente para proceder con el mismo.<sup>62</sup>

De otra parte, se tiene que en el proceso de la referencia se decretó y practicó, a través del Despacho Comisorio No. 005 del 10 de julio de 2018, el testimonio de las siguientes personas<sup>63</sup>:

➤ **DIOSELINA ISABEL MARTÍNEZ HERAZO:**

<sup>58</sup> Folios 22-31, 210 cdr.1

<sup>59</sup> Folios 139-155, 161, 215-255 cdr.1/cdr.2

<sup>60</sup> Folio 156 cdr.1

<sup>61</sup> Folios 163-164 cdr.1

<sup>62</sup> Folio 165 cdr.1

<sup>63</sup> Folios 260-263 cdr.2



13001-33-33-008-2017-00214-01

**“PREGUNTADO:** Por sus generalidades de Ley. **CONTESTÓ:** Me llamo como viene dicho DIOSELINA ISABEL MARTÍNEZ HERAZO, me identifico con la cédula de ciudadanía número 22.849.294 de Calamar – Bolívar, fecha de nacimiento 28 de abril de 1968, edad 50 años, estado civil unión libre, profesión u oficio, auxiliar de enfermería y resido en Calamar Cra. 2 No. 1-47 barrio Arriba, teléfono 3126578601. **PREGUNTADO:** Haga un relato breve, sucinto y preciso de los hechos que conozca respecto de la acción judicial enunciada por el despacho, la cual se adelanta ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, promovida por NIVALDO NICANOR ORTIZ MIER contra la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR. **CONTESTÓ:** El señor Nivaldo Ortiz Mier trabajó en la institución ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, comenzó a trabajar como desde el año 2000, más o menos, tenía horario de 7 de la mañana a 5 de la tarde, disponible para cualquier urgencia que se presentara de tipo rayos x, porque él se desempeñaba como técnico de rayos x. Era mandado por la gerente disponible en el cargo en esos momentos y era trabajador por orden de servicios, trabajó como hasta el año 2016. Por encontrarse presente el abogado de la parte demandante se le concede el uso de la palabra para que continúe con el interrogatorio a la citada. **PREGUNTADO:** Diga al despacho sí o no, el señor Nivaldo Ortiz realizó sus actividades de forma personal. **CONTESTÓ:** Si. **PREGUNTADO:** Diga al despacho sí o no, el señor Nivaldo Ortiz recibía salario u honorarios por su trabajo. **CONTESTÓ:** Recibía salario. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si el señor Nivaldo Ortiz podía dejar de asistir o retirarse de su trabajo sin autorización o sin permiso. **CONTESTÓ:** Él solicitaba permiso, él nos decía que le pedía permiso a la gerente cuando se iba a ausentar, ella era su jefe inmediato. **PREGUNTADO:** Diga al despacho qué significa la palabra disponible que usted mencionó en la primera respuesta suministrada ante este despacho. **CONTESTÓ:** Quiere decir que el señor Nivaldo Ortiz cumplía su horario diario de 7 de la mañana a 5 de la tarde, de lunes a domingo y terminaba su horario a las 5 y se presentaba una urgencia, por ejemplo, a las 5:30, él era llamado para que realizara los rayos x que se necesitara. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si el sitio y equipo con el cual el señor Nivaldo Ortiz realizaba sus actividades eran de propiedad del señor Nivaldo o del Hospital. **CONTESTÓ:** Del Hospital. **PREGUNTADO:** Diga si el señor Nivaldo Ortiz tenía algunos estudios de especialización. **CONTESTÓ:** La verdad no sé. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si en la dependencia de rayos x habían otros trabajadores de nómina. **CONTESTÓ:** No, todos trabajaban por orden de servicios. **PREGUNTADO:** Específicamente de qué jefes recibía ordenes el señor Nivaldo Ortiz durante su vinculación en la ESE Hospital Local de Calamar. **CONTESTÓ:** Luther Larios, Elías Herazo, Alicia Margarita Arrazola, Doris Guerrero, Alexandra Fuentes y el Dr. José Hernández. El apoderado del demandante manifiesta no tener más preguntas que realizarle al citado. El despacho considera que con las



13001-33-33-008-2017-00214-01

preguntas realizadas resultan suficientes. **PREGUNTADO:** Diga el declarante si tiene algo más que agregar, corregir o enmendar. **CONTESTÓ:** No.”

➤ **ROGER LEONARDO ALVAREZ GUETTE:**

“**PREGUNTADO:** Por sus generalidades de Ley. **CONTESTÓ:** Me llamo como viene dicho ROGER LEONARDO ALVAREZ GUETTE, me identifico con la cédula de ciudadanía número 1.051.358.560 de Calamar – Bolívar, fecha de nacimiento 01 de marzo de 1990, edad 28 años, estado civil unión libre, profesión u oficio, tecnólogo en radiología y resido en Calamar Cra. 6 Calle 21 No. 20-05, teléfono 3014069861. **PREGUNTADO:** Haga un relato breve, sucinto y preciso de los hechos que conozca respecto de la acción judicial enunciada por el despacho, la cual se adelanta ante el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Cartagena, promovida por NIVALDO NICANOR ORTIZ MIER contra la ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR. **CONTESTÓ:** Como primera medida al señor Nivaldo lo conozco desde hace mucho tiempo, como 12 años y de trabajar con él como 2 años y 3 meses, porque somos colegas ya que estudiamos lo mismo, técnicos en radiología. Trabajamos juntos en la ESE Hospital Local de Calamar como técnicos en rayos x, desde el mes de agosto del año 2014 hasta el mes de octubre del año 2016, por prestación de servicios OPS con horarios extensos, empezábamos a trabajar a las 7 de la mañana y salíamos a las 5 de la tarde, pero desde las 5 de la tarde quedábamos disponibles, es decir, si sucedía algo después de esa hora, en la noche, debíamos regresar a trabajar, debíamos presentarnos después de esa hora por cualquier caso extraordinario, que casi siempre se daba. El señor Nivaldo venía trabajando con la ESE cuando yo ingresé a trabajar en agosto de 2014, él realizaba la actividad de rayos x, placas y esas cosas. Por encontrarse presente el abogado de la parte demandante se le concede el uso de la palabra para que continúe con el interrogatorio al citado. **PREGUNTADO:** Diga al despacho sí o no, el señor Nivaldo Ortiz realizó sus actividades de forma personal. **CONTESTÓ:** Si. **PREGUNTADO:** Diga al despacho sí o no, el señor Nivaldo Ortiz recibía salario u honorarios por su trabajo. **CONTESTÓ:** Él recibía salario. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si el señor Nivaldo Ortiz podía dejar de asistir o retirarse de su trabajo sin autorización o sin permiso. **CONTESTÓ:** No, él cuando se retiraba era con permiso del gerente encargado, pero casi nunca dejaba de asistir, si lo hacía era con permiso del gerente de la época. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si el sitio y equipo con el cual el señor Nivaldo Ortiz realizaba sus actividades eran de propiedad del señor Nivaldo o del Hospital. **CONTESTÓ:** Eran del Hospital. **PREGUNTADO:** Diga si el señor Nivaldo Ortiz tenía algunos estudios de especialización. **CONTESTÓ:** No. **PREGUNTADO:** Diga al despacho si en la dependencia de rayos x habían

13001-33-33-008-2017-00214-01

otros trabajadores de nómina. **CONTESTÓ:** No, en rayos x no habían. **PREGUNTADO:** Específicamente de qué jefes recibía ordenes el señor Nivaldo Ortiz durante su vinculación en la ESE Hospital Local de Calamar. **CONTESTÓ:** Durante el lapso que yo laboré con él, los jefes eran José Hernández Hernández y Katiana Archibold. **PREGUNTADO:** El horario a que usted se refiere lo elaboraba el trabajador o el jefe. **CONTESTÓ:** Nosotros no elaborábamos esos horarios, los realizaba la enfermera jefe o el gerente. El apoderado del demandante manifiesta no tener más preguntas que realizarle al citado. El despacho considera que con las preguntas realizadas resultan suficientes. **PREGUNTADO:** Diga el declarante si tiene algo más que agregar, corregir o enmendar. **CONTESTÓ:** No."

#### **4.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.**

En el presente caso, se tiene que con la demanda se pretende el reconocimiento de la existencia de una verdadera relación laboral entre la ESE Hospital Local de Calamar y el señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier, en el período comprendido entre el 02 de enero de 2002 hasta el 01 de octubre de 2016, tiempo en el que se alega en el libelo, que el demandante, estuvo prestando sus servicios como Técnico de Rayos X, a través de sucesivos contratos de prestación de servicios.

En este orden de ideas, se entrarán a estudiar cada uno de los elementos que componen la relación laboral para determinar su existencia.

##### **4.2.1. La prestación personal del servicio.**

En el presente asunto se acreditó que el señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier estuvo vinculado a la ESE Hospital Local de Calamar a través de diversas órdenes de prestación de servicios que datan desde el 02 de enero de 2004 hasta el 01 de octubre de 2016, según se demostró con los documentos allegados al expediente de conformidad con lo descrito en el acápite anterior.

Así mismo, de la lectura de los mencionados contratos, se observa que la obligación principal del contratista era prestar sus servicios como Técnico de Rayos X; además de ejercer las funciones de realizar los RX correspondientes al primer nivel, el revelado de los mismos y la entrega formal de los respectivos resultados, por un determinado período.

De esta manera, para la Sala es claro que para el efectivo cumplimiento del

13001-33-33-008-2017-00214-01

objeto contractual el señor Nivaldo Nicanor Ortiz Mier debía prestar el servicio de manera personal, razón por la cual se da por demostrado que se cumplió con este requisito necesario para configurar la relación laboral.

#### **4.2.2. Remuneración por el servicio prestado.**

La prueba de este elemento de la relación laboral, es el valor estipulado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre el demandante y la ESE Hospital Local de Calamar, de los cuales se puede constatar el pago de dichos valores en las múltiples órdenes de pago que obran en el expediente<sup>64</sup>, así como el certificado<sup>65</sup> expedido por la Gerente de la entidad demandada, donde constan las sumas de dinero canceladas por concepto de honorarios a favor del accionante desde el año 2004 al año 2016, razón por la cual esta Sala tendrá por demostrado dicho requisito.

#### **4.2.3. Subordinación y dependencia.**

Con el fin de verificar el elemento esencial de la relación laboral, es decir, la subordinación, se tiene que efectivamente se suscribieron diversas órdenes de prestación de servicios entre las partes, cuyo objeto principal era la prestación de servicios como Técnico de Rayos X. No obstante, de las órdenes de prestación de servicios, por sí solas, no es posible determinar la subordinación y dependencia del actor respecto de la entidad demandada.

Así, debe recordarse que el elemento de la subordinación requiere, para su configuración, que esta se ejecute de manera continua e ininterrumpida durante el desarrollo del contrato, es decir, que exista una sujeción o dependencia constante de quien presta el servicio respecto de su contratante, elementos que no fueron demostrados en el presente caso, por lo siguiente:

Reposan los testimonios de los señores Dioselina Isabel Martínez Herazo y Roger Leonardo Alvarez Guette, quienes coinciden en indicar que la prestación del servicio se efectuó de manera ininterrumpida, teniendo en cuenta que el accionante debía cumplir con un horario de 07:00 a.m. a 05:00 p.m., e incluso luego de las 5:00 pm quedaba en disponibilidad, por si

<sup>64</sup> Ver folios 32-31, 210 cdr.1/cdr.2

<sup>65</sup> Ver folios 17-20 cdr. 1



13001-33-33-008-2017-00214-01

se requería de su servicio como Técnico de Rayos X, la primer testigo precisó que ese presunto horario se cumplía de lunes a domingo.

Con respecto al relato de Dioselina Isabel Martínez Herazo, se tiene que es descontextualizado, la testigo omite describir datos del entorno espacial o temporal en el que acaecieron los hechos sobre los cuales declaró así como la forma en que obtuvo ese conocimiento. Por ejemplo, se desconoce cómo le consta que el demandante cumplía ese supuesto horario así como la supuesta disponibilidad luego de las 5:00 pm así como incluso los sábados y domingos, omite describir la forma en que la ESE requería sus servicios en esos lapsos de tiempo, quien lo requería por parte de la ESE, medio a través del cual se transportaba y otros aspectos.

La Sala extraña que el Juez no haya puesto un mayor esfuerzo para precisar el conocimiento del relato, así como en la procura de obtener un informe espontaneo sobre los mismos, fijémonos que posteriormente a que el Juez toma los generales de ley y realiza la pregunta inicial abierta no vuelve a intervenir, dejando la práctica del interrogatorio al apoderado de la parte demandante, lo cual dio por resultado que las respuestas de la testigo prácticamente se limitaran a afirmar parte de la pregunta del togado.

En ese contacto, a través del testimonio recibido, tampoco se prueba cuál era la relación o el vínculo que la señora Dioselina Martínez haya podido tener con la entidad demandada ESE Hospital Local de Calamar, por lo que se cuestiona el conocimiento directo de las circunstancias que dieron lugar al presente asunto.

Ahora bien, se tiene que la testigo, señora Dioselina Isabel Martínez Herazo en su relato alega lo siguiente: "(...) *Él solicitaba permiso, **él nos decía** que le pedía permiso a la gerente cuando se iba a ausentar, ella era su jefe inmediato.*"

Lo anterior, hace inferir a esta Sala que la declarante, se trataba de una testigo de oídas, toda vez que de su declaración se advierte que no tuvo una percepción directa y personal de los hechos que aquí se debaten, sino que, por el contrario, sólo procede a narrar lo que escuchó de otra persona, pero no se precisa cual.

**13001-33-33-008-2017-00214-01**

Al respecto, el Consejo de Estado mediante jurisprudencia<sup>66</sup> ha precisado que los testigos de oídas son aquellos que de manera directa no perciben los hechos investigados, sino que narran lo que han escuchado de otra persona, razón por la cual, el Juez debe hacer una valoración muy cuidadosa, puesto que dicho testimonio se dedica a probar que existe otro testimonio frente a las circunstancias del caso, lo que puede generar incluso un error de percepción.

En ese sentido, si bien se le da el valor probatorio a dicho testimonio, se tiene que, al no tratarse de un testigo presencial, de baja espontaneidad y descontextualizada, la declaración rendida por la señora Dioselina Martínez pierde su fuerza y eficacia, de manera que la Sala no continúa análisis alguno frente a su relato.

Por su parte, el relato de Roger Alvarez, aparece algo mas contextualizado y se conoce de donde provino ese conocimiento, en cuanto, se refiere a un periodo de tiempo preciso el cual comprende desde el mes de agosto del año 2014 hasta el mes de octubre del año 2016, tiempo durante el cual fue compañero del demandante en la ESE, sin embargo, igual que el anterior testigo, es muy vago con relación a la supuesta disponibilidad luego de las 5:00 pm así como los sábados y domingos, omite describir la forma en que la ESE requería sus servicios en esos lapsos de tiempo, quien lo requería por parte de la ESE, medio a través del cual se transportaba para tal necesidad y otros aspectos.

Igualmente que frente a la testigo anterior, la Sala extraña que el Juez no haya puesto un mayor esfuerzo para precisar el conocimiento del relato, así como en la procura de obtener un informe espontaneo sobre los mismos, fijémonos que posteriormente a que el Juez toma los generales de ley y realiza la pregunta inicial abierta no vuelve a intervenir, dejando la práctica del interrogatorio al apoderado de la parte demandante, lo cual dio por resultado que las respuestas de la testigo prácticamente se limitaran a afirmar parte de la pregunta del togado.

De otra parte, este testigo manifiesta que el demandante contaba con distintos jefes inmediatos como son los señores José Hernández Hernández y Katiana Archibold. Sin embargo, no se especifica que cargos o cual era el

---

<sup>66</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de fecha 07 de marzo de 2007. Radicado No. 23001-23-31-000-2000-08145-01(16341). C.P. Enrique Gil Botero.

**13001-33-33-008-2017-00214-01**

vínculo de estas personas con la ESE, el relato no proporciona circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre la forma de vigilancia que tales personas ejercían sobre el accionante, de manera que esa vaguedad no permite otorgarle certeza a sus dichos. De otra parte, no obran documentos que acrediten la veracidad de ese hecho, como sería oficios, comunicaciones, memorandos, a través de los cuales las anteriores personas aparecieran en su calidad de jefe o superior inmediato.

Ahora bien, aunque es cierto que obran unos documentos que se denominan "E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR HORARIOS MES ..", los cuales fueron proyectados en ocasiones por JAMER DAVID M y otras por CARMEN MARIA YEPEZ, y algunas aparecen suscritas por el o la Gerente de la época, se desconoce cómo era el procedimiento para elaborar el proyecto de elaboración de esos horarios, si obedecían realmente a una imposición o era el resultado de un acuerdo o coordinación de turnos entre el personal contratista y la ESE, se ignora también quienes intervenían en ese proceso y cuál era su rol.

De otra parte, es natural a los contratos de prestación de servicios exigir al contratista que preste sus servicios de acuerdo a los protocolos y calidad correspondiente a la actividad, así como que el desarrollo de la misma sea en los horarios de funcionamiento de la entidad a afectos que se desarrolle de manera coordinada con la entidad pública así como con el personal de planta de la entidad y otros contratistas.

De otra parte, entre los demás medios de prueba allegados al proceso<sup>67</sup>, no obra información alguna que permita advertir el deber del demandante de acogerse a dichos turnos o las consecuencias legales negativas en caso de su incumplimiento. Además, de los testimonios recaudados tampoco se puede concluir que existieran órdenes por parte de los funcionarios de la ESE Hospital Local de Calamar, dirigidos al demandante, tendientes al estricto cumplimiento de los turnos o a instrucciones con relación al desarrollo de su trabajo.

A su vez, los testigos tampoco fueron lo suficientemente precisos para demostrar que el demandante se encontrara subordinado a las exigencias de los funcionarios de la ESE Hospital Local de Calamar, y particularmente

---

<sup>67</sup> Ver acápite de hechos probados.

13001-33-33-008-2017-00214-01

del Gerente, pues en momento alguno hicieron referencia a órdenes que se le hubieran impartido al demandante, como Técnico de Rayos X.

Sobre la labor desarrollada en condiciones de dependencia continuada, tampoco obra referencia, por parte de los testigos, de que las actividades desarrolladas por el demandante debieron ejecutarse en forma diferente a la convenida en los contratos de prestación de servicios, es decir, no hay declaración alguna que permita corroborar que su trabajo debió ser ejecutado en la forma ordenada por el Gerente o por otro funcionario de la entidad.

Sea lo primero analizar por parte de esta Sala, que el artículo 171 del Código General del Proceso<sup>68</sup> consagra que el Juez debe practicar directamente las pruebas, y de no poder hacerlo de manera personal, sea por razón del territorio o por otras causas, podrá hacerlo a través de videoconferencias, teleconferencias o por cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción.

Así mismo, señala la normativa citada que sólo en casos excepcionales, el Juez podrá comisionar la práctica de la prueba por fuera de la sede judicial, ya sea porque no cuente con los medios tecnológicos idóneos para la realización de la misma.

Lo anterior, significa que la regla general es que el juez conozca de la prueba de manera inmediata, pues el Juez Administrativo de primera instancia cuenta con jurisdicción territorial en todo el Departamento, y solo excepcionalmente procede la comisión, esto es, cuando exista prueba de que en el sitio donde deba practicarse la prueba, no se cuente con las herramientas tecnológicas para que se lleve a cabo la misma.

---

<sup>68</sup> ARTÍCULO 171. JUEZ QUE DEBE PRACTICAR LAS PRUEBAS. El juez practicará personalmente todas las pruebas. Si no lo pudiere hacer por razón del territorio o por otras causas podrá hacerlo a través de videoconferencia, teleconferencia o de cualquier otro medio de comunicación que garantice la inmediación, concentración y contradicción.

Excepcionalmente, podrá comisionar para la práctica de pruebas que deban producirse fuera de la sede del juzgado y no sea posible emplear los medios técnicos indicados en este artículo.

Es prohibido al juez comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en el lugar de su sede, así como para la de inspecciones dentro de su jurisdicción territorial.

No obstante, la Corte Suprema de Justicia podrá comisionar cuando lo estime conveniente.

Las pruebas practicadas en el exterior deberán ceñirse a los principios generales contemplados en el presente código, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes.

PARÁGRAFO. La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá autorizar a determinados jueces del circuito para comisionar a jueces municipales para practicar la inspección judicial que deba realizarse fuera de su sede, por razones de distancia, condiciones geográficas o de orden público.

**13001-33-33-008-2017-00214-01**

En el caso de marras, no existe prueba de que el juez de primera instancia haya verificado si en el lugar donde residían los testigos y el juez comisionado allí, se contaba con dichos elementos.

La comisión, fue auxiliada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Calamar – Bolívar, quien mediante auto de fecha 26 de julio de 2018<sup>69</sup> dispuso la citación de los testigos para la realización de la audiencia.

Valga decir, que dicha decisión, se notificó por estado (a las partes interesadas) y a los testigos se les citó mediante comunicación, tal como se advierte a folio 259 del expediente.

De la referida comisión, se evidencia que en la práctica de la prueba testimonial efectuada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Calamar – Bolívar, se hicieron presentes la Jueza y la secretaria del referido Juzgado, el apoderado de la parte demandante y los señores Dioselina Isabel Martínez Herazo y Roger Leonardo Alvarez Guette en calidad de testigos<sup>70</sup>, sin embargo se omitió comunicar al apoderado del demandado la fecha y hora de la diligencia o por lo menos no obra la misma, para de esta manera haber contado con la oportunidad de contradicción frente a la prueba.

Lo anterior hace también que ambas declaraciones tengan escaso valor probatorio.

Finalmente, para la Sala es menester resaltar que no obra en el expediente prueba alguna que demuestre que en la planta de personal de la entidad demandada, existía, para la época, el cargo de Técnico de Rayos X; por el contrario, los testigos en sus declaraciones indican que no se contaba con dicho cargo en la entidad, cuestión que imposibilita efectuar la comparación entre las funciones desempeñadas por el actor con las del personal de planta en el cargo de Técnico de Rayos X.

Por lo anterior, para esta Corporación no se demostró que dicha labor haya estado supeditada al cumplimiento de órdenes y directrices como se le exige a un empleado habitual, así como no se logró colegir la subordinación del contratista respecto de la ESE Hospital Local de Calamar, en igualdad de condiciones a los trabajadores de planta.

---

<sup>69</sup> Ver folio 259 cdr.2

<sup>70</sup> Ver folios 260-263 cdr.2

13001-33-33-008-2017-00214-01

Así, de acuerdo a las actividades encaminadas al cumplimiento del objeto contractual acordado, no se deriva una situación que acredite subordinación sino más bien, lo que se observa es que las mismas podían llevarse a cabo de manera autónoma e independiente, es decir, lo pactado por las partes no desconoció la autonomía del contratista.

Bajo estas premisas, no se demostró el tercer elemento de la relación laboral, esto es, la subordinación como elemento determinante de la relación laboral, pues las actividades desempeñadas por el actor estuvieron encaminadas al cumplimiento de los contratos, a través de turnos coordinados en el área de radiología de la ESE Hospital Local de Calamar, pero sobre las cuales no se demostró la sujeción a órdenes por parte de la entidad, por el contrario, de las pruebas traídas al plenario solo se puede afirmar que las actividades realizadas por el demandante fueron las propias del contrato de prestación de servicios celebrado así como el tema de los turnos es un asunto propio a la coordinación de las actividades a ejecutar entre los diferentes contratistas y la ESE.

Conforme lo anterior habrá de revocarse la sentencia de primera instancia, para en su lugar negarse las pretensiones de la demanda, al no encontrarse acreditados los elementos de la relación laboral en la prestación del servicio en los tiempos reclamados.

## **5. CONDENA EN COSTAS.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, esta Corporación condenará en costas a la parte demandante que resultó vencida dentro del presente proceso, las cuales se liquidarán por el Juez de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

## **FALLA**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia de fecha treinta (30) de octubre de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Octavo

13001-33-33-008-2017-00214-01

Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

**TERCERO:** Condenar en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidadas por el juez de primera instancia de acuerdo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP.

**CUARTO:** Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

**LOS MAGISTRADOS**

  
**JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL**

  
**LUÍS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ**

  
**ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS**