

13001-33-33-011-2017-00100-01

Cartagena de Indias D. T. y C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13001-33-33-011-2017-00100-01
Accionante	LEIDY MARÍA ROJANO CLARO
Accionada	E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR
Tema	CONTRATO REALIDAD
Magistrado Ponente	JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de fecha quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018)¹, proferida en audiencia por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA².

3.1.1. Hechos relevantes planteados por el accionante.

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

- Se precisa, que la señora LEIDY MARÍA ROJANO empezó a laborar el día 15 de enero del 2013 en la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, a través de contratos de prestación de servicios.

¹ Folios 77-82 cdr. 1

² Folios 1-5 cdr. 1

13001-33-33-011-2017-00100-01

- Que el día 02 de enero de 2014 inició su contrato nuevamente hasta el 31 de diciembre de 2014; luego inició nuevamente el 02 de enero de 2015 hasta el 28 de febrero de la misma anualidad, fecha en la que fue despedida.
- Que la accionante el día 5 de enero de 2015, recibió una incapacidad por 20 días, por concepto post operatorio, expedida por el HOSPITAL NIÑO JESÚS DE BARRANQUILLA, posteriormente el día 26 de enero de 2015 fue nuevamente valorada y le expidieron una nueva incapacidad por 20 días más; luego, fue nuevamente valorada el día 27 de febrero por ginecólogo obstetra quien expidió una nueva incapacidad también por 20 días.
- Indica finalmente, que entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR y la demandante existió un contrato realidad, además, que la accionante fue despedida el día 27 de febrero de 2015 mediante carta de despido que configurara en acto administrativo particular, el cual fue dirigido a su lugar de residencia mientras se encontraba incapacitada, situación que la hace acreedora de una sanción por situación de debilidad manifiesta correspondiente a 6 meses de salario.

3.1.2. Pretensiones de la demanda.

La demanda se dirige concretamente a que se declare lo siguiente:

- (i) Que se decrete la nulidad del acto administrativo de fecha 27 de febrero de 2015 que terminó el contrato laboral de la demandante mientras se encontraba incapacitada medicamente; pues se alega que dicha situación le generó una protección laboral reforzada.
- (ii) Que se decrete la nulidad del acto administrativo ficto que negó la petición del pago de todas las acreencias laborales tales como salarios dejados de devengar desde el 28 de febrero de 2015 hasta la fecha; cesantías desde el año 2015; intereses de las cesantías del año 2014, 2015 y 2016; salario por cada día de atraso desde el año 2013 hasta la fecha; aportes a pensión desde el año 2013 hasta la

13001-33-33-011-2017-00100-01

fecha; así como la sanción moratoria por el no pago de los aportes a pensión, primas de junio y diciembre de los años 2013, 2014, 2015 y 2016; dotación correspondiente a los años 2013, 2014, 2015, 2016; indemnización por despido; y sanción moratoria por el no pago de la indemnización correspondiente a un día de salario por cada día de retraso desde el día en que se presentó el despido hasta la fecha de recibida la petición.

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

- (i) Que se ordene el reintegro de la demandante en el cargo que venía desempeñando de auxiliar de estadística, sin ser desmejorada laboral ni salarialmente, pues se afirma que subsisten los problemas de salud, dado que, en el mes de septiembre de 2015, posterior a su despido, fue internada nuevamente en la clínica Niño Jesús de Barranquilla.
- (ii) Solicita el pago de todas las acreencias laborales, tales como salarios dejados de devengar desde el 28 de febrero de 2015 hasta la fecha, cesantías desde el año 2015, intereses de las cesantías del año 2014, 2015 y 2016, salario por cada día de atraso desde el año 2013 hasta la fecha, aportes a pensión desde el año 2013 hasta la fecha, así como la sanción moratoria por el no pago de los aportes a pensión, primas de junio y diciembre de los años 2013, 2014, 2015 y 2016, dotación correspondiente a los años 2013, 2014, 2015, 2016, indemnización por despido y sanción moratoria por el no pago de la indemnización correspondiente a un día de salario por cada día de atraso desde el día en que se presentó el despido, 28 de febrero de 2015, hasta la fecha.
- (iii) Solicita el pago de la sanción por despido en debilidad manifiesta correspondiente a 6 meses de salario.
- (iv) Pide que se falle en ultra y extra petita.

3.1.3 Normas violadas y concepto de violación.

La parte demandante invoca como fundamentos de derechos los siguientes:

13001-33-33-011-2017-00100-01

“Ley 446 de 2000 y demás normas concordantes. Artículos 2,5,6,13,90 de la Constitución Política y Artículos 3, 4, 5, 6, 7,9, 12, 15, 66, 86, 136 a 138 y 206 del C.C.A., C.P.A.C.A título III. I. Medios de Control, artículo 138, artículo 140, reparación directa y lo dispuesto en el Artículo 60 y S.S. de la Ley 446 de 1998, la Ley 640 de 2001 y la Ley 1285 de 2009”.

Cabe destacar que el demandante no justifica por qué se vieron violadas las normas que cita como concepto de violación.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La entidad demandada no contestó la demanda.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA³.

Mediante sentencia de fecha Quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, negó las pretensiones de la demanda, por considerar que, en el asunto bajo estudio, no se demostró la existencia de una verdadera relación laboral entre la demandante y la entidad demandada.

Indica el A quo, que se encontró probado que la demandante prestó sus servicios para la demandada de forma personal, además, por ello recibió una remuneración, eso quiere decir que se encontraron satisfechos dos de los elementos esenciales para la existencia de un contrato laboral.

No obstante, respecto a la subordinación, señaló que no logró ser demostrado por la demandante, ya que no se tiene claridad sobre la manera mediante la cual la accionante se encontraba subordinada; ni el tipo de órdenes que recibía en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo; o de imponerle reglamentos, horarios de trabajo, circunstancias que debían permanecer por todo el tiempo de duración del vínculo, máxime, si se tiene en cuenta que en la cláusula sexta, numeral 5 del contrato celebrado entre las partes se otorga plena libertad a la demandante para desarrollar el objeto del contrato, sin ningún tipo de subordinación.

³ Folios 77-82 cdr 1

13001-33-33-011-2017-00100-01

Finalmente, precisa la juez de primera instancia que si bien, la accionante estaba enferma para el momento de terminación del contrato, no se encuentran configurados los presupuestos para declarar la existencia de un contrato laboral, y tampoco el nexo causal entre la no renovación del contrato y el estado de salud de la accionante, teniendo en cuenta que la enfermedad era transitoria y no disminuía sus capacidades físicas ni mentales

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁴.

La parte actora presentó recurso de apelación, y argumenta su recurso en primer lugar, que el cargo a desempeñar de Auxiliar de Estadística connota la necesidad de un funcionario principal del cual seguir órdenes. Puntualiza que, se demuestra la continua relación laboral que se llevó a cabo entre la actora y la ESE en los periodos comprendidos entre el 15 de enero del 2013, y 28 de febrero de 2015, establecido por contratos sucesivos e ininterrumpidos, tal como se demuestra en respuesta a la petición que solicita los periodos de trabajo y la función que desempeña.

El segundo de sus argumentos se limita en manifestar que en la sentencia de primera instancia no se mencionó la razón por la cual no se concedió el pago de la sanción por despido en debilidad manifiesta. Arguye que quedó demostrada que la demandante se enfermó el 03 de enero de 2015, un día después de la fecha de iniciación del último contrato que tuvo con la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, posteriormente se le practicó una cirugía y se le fueron expedidas varias incapacidades médicas.

Que al ser despedida la actora el día 27 de febrero de 2015, la actora se encontraba en estado de debilidad manifiesta, por lo que debe ser indemnizada por su despido.

3.5. TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

A través del auto de fecha dos (02) de julio de dos mil diecinueve (2019)⁵, el Despacho de conocimiento admitió los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada. Mediante auto de fecha

⁴ Folios 86-88 cdr. 1

⁵ Folio 5 cdr 1

13001-33-33-011-2017-00100-01

veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)⁶, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

3.6. ALEGACIONES

La parte demandante presentó alegatos de conclusión⁷.

La parte demandada no presentó alegatos finales.

3.7. 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

5.1. 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.

En el caso concreto, la Sala precisa que limitará el análisis a lo decidido en la sentencia de primera instancia y a los argumentos expuestos en los escritos de apelación, en virtud de lo dispuesto por el artículo 328 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos*

⁶ Folio 9 cdr 1

⁷ Folios 12-17 cdr 1

por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

5.2. CUESTIÓN PREVIA

Destaca la Sala que, frente a la pretensión anulatoria del acto administrativo de 24 de febrero de 2015, la juez de primera instancia, mediante auto de 15 de junio de 2017⁸, declaró la caducidad; y el mismo quedó en firme debido a que la parte demandante no presentó recursos, de modo que solamente nos pronunciaremos frente a los argumentos del recurso que hacen relación a las demás pretensiones.

5.3. 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 E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR y el demandante, por el período comprendido entre el 15 de enero de 2013 y el 27 de febrero de 2015 y, en consecuencia, hay lugar a ordenar el pago de las acreencias laborales reclamadas?

Cómo segundo problema jurídico, la Sala se deberá determinar:

¿Si la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR debe pagar sanción por el despido en debilidad manifiesta deprecado por la actora en medio de un Contrato de Prestación de Servicios suscrito con la señora LEIDY MARIA ROJANO CLARO?

5.4. TESIS DE LA SALA.

La Sala sustentará como tesis que, en el presente asunto, la 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 la actora y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR a través

⁸ Folio 45 Cdr.1

13001-33-33-011-2017-00100-01

de los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos. Tampoco hay lugar al pago de indemnización por despido en debilidad manifiesta, por lo que deberá confirmarse en su integridad la sentencia de primera instancia, conforme a las precisiones que se harán en líneas que siguen.

5.5. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.5.1. 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) 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 1983⁹, la Ley 80 de 1993¹⁰ y mediante la Ley 190 de 1995¹¹.

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

⁹ "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones".

¹⁰ "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

¹¹ "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"

13001-33-33-011-2017-00100-01

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 jurisprudencia¹², 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.

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

¹² 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.

13001-33-33-011-2017-00100-01

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 Estado¹³ argumenta que, además de las 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 laboral¹⁴.

5.5.2. Prescripción trienal de los derechos laborales.

El numeral primero del artículo 102 del Decreto 1848 de 1969¹⁵, establece que los derechos consagrados en el Decreto citado y en el Decreto 3135 de 1968 prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se hace exigible.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ "Por el cual se reglamente el Decreto 3135 de 1968"

13001-33-33-011-2017-00100-01

Así mismo, dispone la normativa citada que el simple reclamo escrito sobre un derecho determinado, formulado por el empleado oficial ante la entidad obligada, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En concordancia con lo anterior, el Código Sustantivo del Trabajo en sus artículos 488 y 489, señalan que los derechos surgidos con ocasión de una relación laboral prescriben en tres (3) años, contados a partir desde que la obligación se haya hecho exigible, y que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador interrumpe la prescripción por una sola vez, por un lapso igual.

En lo que respecta al tema de la prescripción trienal de los derechos en los casos de contrato realidad, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación, precisó que:

“Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual. Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. (...)”¹⁶

5.5.3. Sentencia de Unificación del Consejo de Estado en materia de contrato realidad.

Indica el Honorable Consejo de Estado en reciente jurisprudencia de unificación¹⁷, que si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe

¹⁶ Sentencia de Unificación CESUJ2 No. 5 de 2016- Sala De Lo Contencioso Administrativo-Sección Segunda C.P Carmel Perdomo Cuéter. Exp. 23001233300020130026001 (00882015).

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2021. Radicado No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). C.P

13001-33-33-011-2017-00100-01

concluirse, que, si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política¹⁸.

Igualmente el Honorable Consejo de Estado realizó un estudio de los elementos que se deben tener en cuenta para determinar la existencia de una subordinación continuada, indicando qué; De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el elemento determinante que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.

Al respecto, destacó lo que la jurisprudencia en sus reiterados pronunciamientos ha descrito como indicios de la subordinación, y expuso ciertas circunstancias que permiten determinar su existencia; entre estas, se destacan las siguientes:

- i) **El lugar de trabajo.** Señala la Corporación de Cierre que este debe ser considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades; y que ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, era necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

¹⁸ Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta Sección de 13 de mayo de 2010; radicado 76001-23-31-000-2001-05650-01 (0924- 09); C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez



13001-33-33-011-2017-00100-01

- ii) **El horario de labores.** En cuanto a esta circunstancia, señalo que el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Al respecto acotó que: *"ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido."*
- iii) **La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Demarcó este elemento, frente a la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo; o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del ius variandi. Por lo que este elemento constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, precisó el Máximo Tribunal, que *"lo que debe probar el demandante **es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual.** Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación."* (Destacado fuera del texto)
- iv) **Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** Señaló el Alto Tribunal, que *"el hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la **realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad,** puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los*

13001-33-33-011-2017-00100-01

elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las **que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia.**¹⁹ En esos términos, la parte interesada deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

Por último, el Máximo Órgano de lo Contencioso Administrativo, unificó su jurisprudencia en el sentido de precisar las siguientes reglas en las relaciones laborales encubiertas o subyacentes, así:

(i) La primera regla define que el concepto de «*término estrictamente indispensable*», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

(ii) La segunda regla establece **un periodo de treinta (30) días hábiles, entre la finalización de un contrato y la ejecución del siguiente, como término de la no solución de continuidad**, el cual, en los casos que se exceda, podrá flexibilizarse en atención a las especiales circunstancias que el juez encuentre probadas dentro del expediente.

(iii) La tercera regla determina que frente a la no afiliación al sistema de la Seguridad Social en salud, por parte de la Administración, es improcedente la devolución de los valores que el contratista hubiese asumido de más, en tanto se recaudaron como recursos de naturaleza parafiscal." (Destacado del texto).

5.5.4. Jurisprudencia constitucional relativa a la estabilidad reforzada en contratos de prestación de servicios.

La Constitución Política de Colombia contiene diferentes disposiciones que protegen el derecho al trabajo. Así, el artículo 2º establece su condición de principio fundante de la organización social; el artículo 25 lo cataloga como derecho fundamental; y el artículo 53 determina los principios mínimos que deben observarse en el marco de las relaciones laborales, uno de ellos la estabilidad en el empleo.

¹⁹ Destacado fuera del texto.

13001-33-33-011-2017-00100-01

Concretamente, el derecho a la estabilidad reforzada para personas en situación de debilidad manifiesta por razones de salud, ha sido construido con apoyo a los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 1º, 13, 47, 54 y 95.

El artículo 13 de la Constitución Política establece la igualdad de derechos, consideración y respeto para todos los ciudadanos. De una parte, en el inciso primero se consagran la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, componentes esenciales de la dimensión formal de la igualdad. Por otra parte, los incisos segundo y tercero, ordenan la adopción de un tratamiento diferencial, de carácter favorable, frente a personas en condición de debilidad manifiesta o vulnerabilidad, por medio de acciones positivas destinadas a superar las desventajas de hecho que se presentan en la sociedad para alcanzar así una igualdad material.

Así, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha aceptado la aplicación de la protección constitucional en *las diversas alternativas productivas*, lo que incluye el contrato de prestación de servicios. Al respecto, la Sala considera importante ahondar en la jurisprudencia constitucional que desarrolla el tema, en aras de resolver el caso concreto.

Han sido varios los pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional relativa a la protección laboral reforzada para personas a quienes no se les prorrogó su contrato de prestación de servicios pese a estar en situación de debilidad manifiesta por su condición de salud. A continuación, se exponen algunas de las sentencias más relevantes sobre el asunto:

En la **Sentencia T-1210 de 2008**²⁰, la Corte Constitucional se pronunció sobre el caso de una ciudadana a quien, pese a encontrarse enferma²¹, la alcaldía accionada no le prorrogó su contrato de prestación de servicios.

En primer lugar, la Corte se ocupó de exponer las características del contrato de prestación de servicios celebrado con entidades estatales y su relación con el contrato de trabajo. Al respecto dijo:

²⁰ Magistrada ponente Clara Inés Vargas.

²¹ Displasia del desarrollo de las caderas con luxación bilateral y fenómenos de osteoartritis degenerativa, más evidenciado en el lado derecho, donde observó el médico tratante importante pinzamiento de esclerosis subcondral.

13001-33-33-011-2017-00100-01

"Desde este panorama, puede concluirse que, aún en el seno del contrato de prestación de servicios, puede predicarse ciertas garantías de la que gozan las relaciones laborales, al cobrar importancia los principios de estabilidad laboral a ciertos sujetos y de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes del contrato laboral, y en los eventos en que se pueda advertir la desnaturalización del contrato de prestación de servicios".

En segundo lugar, reiteró la jurisprudencia constitucional acerca de la procedencia de la acción de tutela para obtener el reintegro de una persona despedida por su condición de discapacidad, concluyendo que: en el evento de comprobarse un nexo causal entre la desvinculación y el estado de salud del trabajador, se configura una discriminación, y es procedente la tutela como mecanismo de protección; de lo contrario, dicho asunto le corresponde resolverlo al juez ordinario.

Al resolver el caso concreto, se negó el amparo, pues la Sala consideró que, si bien la accionante estaba enferma para el momento de terminación del contrato, no encontró configurados los presupuestos para declarar la existencia de un contrato laboral, y tampoco el nexo causal entre la no renovación del contrato y el estado de salud de la accionante, teniendo en cuenta que la enfermedad no era evidente y el contrato fue de apenas un mes.

En la **Sentencia T-490 de 2010**²², la Corte conoció de dos casos de despido. Uno de ellos, el relevante para el caso que esta Sala debe resolver, trató sobre una enfermera a quien no le fue renovado su contrato de prestación de servicios por padecer algunas *"limitaciones físicas"*²³ que requerían terapias constantes.

En esta oportunidad, se reiteró la estabilidad laboral reforzada de la que gozan las personas en situación de debilidad manifiesta o indefensión al padecer una afección o alguna enfermedad que afecta su estado de salud, resaltando la importancia del principio de solidaridad, así:

"En virtud del principio de solidaridad social es obligación del Estado y de los mismos particulares proteger a quienes están en una condición de debilidad manifiesta y en caso de incumplirse con esa carga, la autoridad competente tiene la facultad de intervenir y disuadir el incumplimiento. Lo anterior por cuanto las normas constitucionales no se interpretan únicamente de manera descriptiva, sino que son mandatos prescriptivos de aplicación inmediata (arts. 13, 23, 29, 43, 44, entre otros) de tal forma que intervienen en las relaciones de

²² Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²³ FIBROMIALGIA

los asociados y de estos con el Estado".

Dando aplicación al principio de solidaridad y sin análisis previo de la existencia o no de un contrato realidad, la Corte tuteló el derecho fundamental a la estabilidad laboral del accionante considerando que:

"En efecto, la Corte Constitucional definió que sin importar el tipo de relación laboral y la naturaleza de la discapacidad, todo trabajador en esta situación tiene derecho a que se le garantice la estabilidad laboral reforzada por estar en una condición de debilidad manifiesta. Por tanto, el empleador podrá únicamente mediante autorización del inspector de trabajo y por una justa causa objetiva desvincular al trabajador que presente una disminución física o psíquica en su organismo".

En síntesis, en esta sentencia, se otorgó la protección a la estabilidad laboral reforzada de la accionante, pese a estar vinculada mediante contrato de prestación de servicios, al comprobarse que la no renovación fue consecuencia de la situación de salud del accionante²⁴. Por ende, ordenó a la entidad la renovación del contrato de prestación de servicios.

De los pronunciamientos reseñados por la Sala, se puede concluir que el derecho a la estabilidad laboral reforzada en las diversas alternativas productivas tiene por titulares a: (i) mujeres embarazadas; (ii) personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud; (iii) aforados sindicales; y (iv) madres cabeza de familia.

En lo relacionado a las personas con discapacidad o en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud, la Ley 361 de 1997²⁵ establece lo siguiente:

"En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona

²⁴ El magistrado Luis Ernesto Vargas Silva salvó parcialmente el voto, entre otras cosas, porque el resuelve "parece conceder una inamovilidad absoluta a ciertos trabajadores, desconociendo que el sentido de la protección reconocida por la Corte consiste en que los empleadores tienen la obligación legal y constitucional de proteger de manera especial a la población discapacitada y de obtener una autorización de las autoridades correspondientes del trabajo antes de llevar a cabo su despido, de suerte que se garanticen plenamente los derechos de los afectados. Esto es así tanto respecto de los contratos laborales como en los contratos de prestación de servicios en los que las condiciones de subordinación generan un "contrato realidad" Llama la atención que en los renglones finales del párrafo, el magistrado sugiere que este tipo de estabilidad solo es procedente para contratos de prestación de servicios que encubran una verdadera relación laboral.

²⁴ Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

²⁵ "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones".



13001-33-33-011-2017-00100-01

limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

Reiteradamente²⁶, la Corte ha determinado que la protección constitucional aplica tanto para las personas que acreditan una discapacidad médicamente calificada por los órganos competentes, como a las personas que se hallan en condición de debilidad manifiesta por una condición de salud. Tan es así, que en la Sentencia C-531 de 2000, la Corte al analizar la norma citada, estudió al sujeto de la disposición como “*persona con una limitación física, sensorial o mental*”, sin mencionar la necesidad de ser calificada como tal. Al respecto dijo:

“Sólo en la medida en que para el tratamiento de la situación particular de este grupo social afectado por una limitación física, sensorial o mental, se realcen los valores fundantes constitucionales de la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, es que adquiere verdadero sentido el deber de protección especial de la cual son objeto precisamente por razón de sus circunstancias de debilidad manifiesta frente al conglomerado social. Constituye esta la vía para contrarrestar la discriminación que está allí latente y que impone adelantar una acción estatal y particular que promueva condiciones de igualdad material real y efectiva para estas personas, hacia la búsqueda de un orden político, económico y social justo (C.P., Preámbulo y art. 13)”.

²⁶ En sentencias T-1040 de 2001 y T-198 de 2006, la Corte sentó su posición sobre el ámbito personal de protección de esta garantía constitucional. Expresó, en esa oportunidad, al abordar el análisis del caso concreto: “La demandante en el presente caso no ha sido valorada como discapacitada.²⁶ Sin embargo, sí estaba disminuida físicamente en el momento en que fue despedida, en la medida en que su afectación de la salud y la recuperación posterior a las intervenciones a las que fue sometida le impedían el desarrollo de las labores impuestas por su empleador. Es necesario determinar entonces si la situación de disminución física en que se encontraba la demandante debido a su afectación de salud y a su recuperación la hacen sujeto de una protección especial que implique el derecho al reintegro. [...] En el presente caso la empresa desatendió los órdenes médicos que contraindicaban la realización de determinadas labores físicas y, por el contrario, se empeñó en asignarle funciones contraindicadas, mientras el estado de salud de la demandante desmejoraba radicalmente. La Corte observa que a la demandante le fueron encargadas diversas labores que no se encontraba en capacidad de realizar. En primera medida, por su estado de salud, y en segunda medida, porque no fue adecuadamente capacitada para realizarlas. De hecho, fue despedida del último cargo que ocupó cuando llevaba sólo pocos días de labores. Por otra parte, pese a la orden médica de realizarle una valoración médica laboral a la demandante, y a que ella entregó dicha orden en la empresa, ésta nunca se puso en contacto con la Aseguradora de Riesgos Profesionales, ni con alguna entidad para autorizarla.

13001-33-33-011-2017-00100-01

En ese orden de ideas, señaló la Corte que darles un trato diferente a las personas en condición de debilidad manifiesta por motivos de salud y a las personas calificadas como discapacitados, desconoce los fundamentos constitucionales y, principalmente, su relación con los principios de igualdad y solidaridad, pues resulta discriminatorio tratar de igual manera a una persona sana que a una enferma, este o no calificada.

Así, las personas con discapacidad y aquellas que se encuentren en condición de vulnerabilidad por razones de salud enfrentan una situación de debilidad social que genera deberes derivados del principio de solidaridad, tanto para las autoridades como para los particulares.

Con todo, también señaló el Tribunal Constitucional, que no es suficiente la simple presencia de una enfermedad o de una discapacidad en la persona, para que por vía de tutela se conceda la protección constitucional descrita, pues debe estar probado que la desvinculación fue consecuencia de esa particular condición de debilidad, es decir, con ocasión de embarazo, de la discapacidad, de la enfermedad, etc. En otras palabras, fue enfático en considerar que debe existir un nexo causal entre la condición que consolida la debilidad manifiesta y la desvinculación laboral²⁷.

5.6. CASO CONCRETO

5.6.1. Hechos probados.

En el proceso quedaron acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución de los problemas jurídicos planteados:

Se aportó al expediente contrato de prestación de servicios suscrito entre LEYDIS ROJANO CLARO y la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR²⁸, el cual tendría una duración de 47 días desde el 13 de enero de 2015 al 2 de marzo de esa anualidad; y un valor total de un millón trescientos dieciséis mil pesos (\$1.316.000).

De la lectura del contrato mencionado se evidencia que efectivamente fue contratada como auxiliar en el área de estadísticas, tal como se afirmó en

²⁷ Sentencia T-826 de 1999.

²⁸ Folios 9-13 cdr. 1



13001-33-33-011-2017-00100-01

la demanda; sin embargo, ese es el único contrato que obra dentro del plenario, pero contamos con certificado²⁹ expedido por la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR en donde certifican la existencia de los demás contratos.

“LA SUSCRITA SECRETARIA DE LA ESE HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR

CERTIFICA:

Que la señora **LEIDIS MARIA ROJANO CLARO**, mayor de edad y vecina de Calamar, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 30.896.758 expedida en Calamar, prestó sus servicios en esta Entidad, a través de Contratos de Prestación de Servicios, que se relacionan a continuación

15-01-2013	08-02-2013
08-02-2013	08-08-2013
08-08-2013	31-12-2013
03-01-2014	6 meses
4-07-2014	3-meses
6-10-2014	06-11-2014
6-11-2014	31-12-2014
13-01-2015	28-02-2015

- Remuneración por servicios técnicos mensuales \$ 718.000
- Cargo: Auxiliar en el Área de Estadística

Para constancia se expide la presente en Calamar, a los 7 días del mes de Octubre de 2015.


ANA RAQUEL BLANCO MERCADO
Secretaria ESE HOPITAL LOCAL DE CALAMAR”

Obra en el expediente copia del acta de liquidación³⁰ por mutuo acuerdo y terminación del contrato antes mencionado realizada entre las partes el día 25 de marzo de 2018. En dicha acta se indica que el contrato se ejecutó totalmente y a entera satisfacción según el supervisor, y además se consigna:

²⁹ Folio 39 Cdr. 1

³⁰ Folios 16-17 cdr 1



EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO
HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR
NIT N° 806.006.537-4

Valor Inicial del Contrato	\$ 1.316.000,00
Valor causado	\$ 1.316.000,00
Valor pagado	476.000,00
Saldo final a favor de la ESE Pendiente de liberal.	0,00
Saldo a favor del contratista	840.000,00

Cláusula Segunda.- El supervisor del contrato certificó que el contratista cumplió a satisfacción con el objeto y obligaciones contraídas, materia de la presente acta de liquidación y las obligaciones a seguridad social, adjuntando las copias de autoliquidación en salud y pensiones, que hacen parte del expediente del mismo.

Cláusula Tercera: La partes se declaran conformes con las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato.

Para constancia se suscribe por quienes aquí intervinieron, en el Municipio de Calamar a los veinticinco (25) días del mes de marzo de 2015.


JOSE HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ
Gerente (E) ESE HOSPITAL LOCAL
DE CALAMAR


LEYDIS ROJANO CLARO
C.C 30.896.758 de Calamar

Imagen tomada del acta de liquidación visible a folios 16-17 cd. 1

Se aportó certificado (sin firma), expedido por la Subgerente Administrativa y Financiera de la ESE³¹ en la que se indica:

"Que la señora LEYDIS ROJANO CLARO, (...) cumplió a entera satisfacción con los servicios como AUXILIAR DE ESTADÍSTICA, de acuerdo al cronograma de actividades realizado por la gerencia, realizando las actividades conexas y complementarias que requiera el adecuado desarrollo del objeto contractual; servicios que prestará con plena autonomía intelectual y sin estar sometido a subordinación, correspondiente a 13 días del mes de enero de 2015."

También encontramos certificación suscrita por la Subgerente Administrativa y Financiera³² (sin firma) de la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR en donde certifica qué:

"Que la señora LEYDIS ROJANO CLARO, (..), cumplió a entera satisfacción con los servicios Como AUXILIAR DE ESTADISTICA, de acuerdo al cronograma de actividades realizado por la gerencia, realizando las actividades conexas y complementarias que requiera el adecuado"

³¹ Folio 18 cdr. 1

³² Folio 19 Cdr.1



13001-33-33-011-2017-00100-01

desarrollo del objeto contractual; servicios que prestará con plena autonomía intelectual y sin estar sometido a subordinación, correspondiente al mes de febrero de 2015".

Se encuentra Oficio de fecha 24 de febrero de 2015³³, dirigido a la actora y suscrito por el Gerente de la ESE en donde se indica qué:

"Los contratos de prestación de servicios están definidos en el numeral tercero del artículo 32 de la ley 80 de 1993 así: "son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración en funcionamiento de la entidad. Estos contratos solo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan Realizarse como personal de planta o requieran conocimientos especializados.

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

Los contratos en mención tienen por objeto realizar, con personas naturales o jurídicas, actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de una entidad pública, por el término estrictamente indispensable, cuando ellas no puedan realizarse con personal de planta requiere conocimientos especializados. Se entiende que no existe personal de planta de la respectiva entidad estatal, y que es imposible atender la actividad y tales condiciones, cuando de acuerdo con los manuales específicos, pueda deducirse que no hay en planta, personas que puedan realizar la actividad requerida, o cuando habiéndolas, no tienen el grado de especialización necesario, o cuando habiéndolas con el grado de especialización indispensable, No son suficientes en número. El jefe del respectivo organismo debe, para tal fin, acreditar tales circunstancias.

Con esta figura jurídica no puede hablarse de terminación intempestiva de los contratos, porque los contratista conocen con la debida anticipación, esto es, desde el momento mismo en que se suscriben, la fecha de expiración del plazo de los mismos, sin que tenga cabida la prórroga automática, puesto que estando regido la función pública, y la contratación hace parte de ella, por el principio administración regalada (artículos 121 y 122 de la Constitución Política), implica que para proceder a la prórroga debe mediar autorización expresa, lo cual no existe en la ley 80 de 1993.

La mencionada carencia de autorización legal para proceder a la prórroga del contrato de prestación de servicios, no solo es improcedente, sino que de efectuarse haría incurrir en responsabilidad al nominador con las consecuentes cargas pecuniarias derivadas de tal error. La terminación de estos contratos opera sencillamente con el vencimiento del plazo estipulado en el mismo, o con el anuncio que la administración da al contratista acerca de la culminación del objeto. No hay diligencias adicionales al respecto, característica que descarta de plano la procedencia de indemnizaciones en razón a que su terminación se da conforme a derecho y sin que quepa endilgar el carácter unilateral de la misma. La consecuencia inmediata de lo antes señalado es la ausencia de causación de vínculo laboral y prestaciones sociales, lo mismo que la indemnización por terminación unilateral sin justa causa, ni la obligatoriedad de la renovación de los mismos, lo que se presenta es simplemente la terminación del objeto contractual, con fundamento normativo en la ley 80 de 1993.

³³ Folios 22-24 Cdr. 1

13001-33-33-011-2017-00100-01

Finalmente, el término del vínculo jurídico debe ser el estrictamente necesario para desarrollar el objeto contractual, porque de lo contrario; de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, sería imprescindible que la entidad adelantara los trámites correspondientes para incorporar a la planta de personal y al presupuesto dicho empleo y su correspondiente remuneración.

Teniendo el elemento subordinación una significación propia y determinante, al estar ausente en los contratos de prestación de servicios, no le asiste ninguna razón legal al contratista para demandar el reconocimiento de las prestaciones sociales que se derivan del contrato de trabajo o de la relación laboral, precisamente en razón al hecho atender órdenes en el cumplimiento de la labor y la observancia el horario oficial. Por ello una vez finalizado el vínculo contractual fruto de un contrato de prestación de servicios, cesan las obligaciones bilaterales de las partes del mismo (contratante y contratista), de tal forma que el segundo deja de ser servidor público y desaparecen sus competencias transitorias.

La administración solo debe volver a contratar estos servicios, en la medida en que las condiciones que le dieron origen subsistan (objeto contractual), de conformidad con la ley 80 de 1993 y la ley 1150 de 2007, sin que sea obligatoria la escogencia de los contratistas originales.

Por lo tanto y como quiera que su contrato culmina el 28 de Febrero de 2015, por medio del presente, y de conformidad con los argumentos arriba esgrimidos, le solicitamos encarecidamente abstenerse de seguir prestando sus servicios en la Entidad a partir de la mencionada fecha.

En caso de que se presenten las condiciones y requisitos de ley para vincularlo nuevamente a través de la modalidad consagrada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y el artículo segundo, numeral cuarto, literal h) de la Ley 1150 de 2007, le estaremos informando oportunamente, para proceder de conformidad si así lo estima conveniente." (sic)

Se observa en el plenario, copia de la incapacidad del 27 de febrero de 2015 otorgada a la demandante por el doctor CARLOS FERRERA BARROS del Hospital Niño Jesús de Barranquilla, por 20 días³⁴; igualmente copia de incapacidad del 5 de enero de 2015, por un término de 5 días³⁵, conferida por la E.S.E Hospital Niño Jesús.

Se aportó copia de la historia clínica de la demandante en el Hospital Niño Jesús³⁶, como también copia de la petición realizada por la accionante el 28 de septiembre de 2015³⁷ a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, en el cual solicita la expedición de una certificación laboral.

Contamos dentro del expediente con petición realizada por parte de la actora el día 12 de marzo de 2015³⁸, en la cual le solicita lo siguiente:

³⁴ Folio 21 cdr. 1

³⁵ Folio 27 cdr. 1

³⁶ Folios 28-34 cdr. 1

³⁷ Folios 35-36 cdr. 1

³⁸ Folios 25-26 Cdr.1

13001-33-33-011-2017-00100-01

- *“Reintegro en el cargo que venía desempeñando de AUXILIAR DE ESTADISTICA, sin ser desmejorada laboral ni salarialmente, toda vez que al momento de mi despido me encontraba incapacitada, además por estar incapacitada era una persona de protección reforzada, además subsisten mis problemas de salud, dado que en el mes de septiembre, posterior a su despido fue internada nuevamente en la clínica NIÑO JESUS DE BARRANQUILLA.”*
- *“Pago de todas las acreencias laborales tales como SALARIOS DEJADOS DE DEVENGAR desde el 28 de Febrero de 2015 hasta la fecha, CESANTIAS desde el año 2015 hasta la fecha, INTERESES DE CESANTIAS del año 2014, 2015 y 2016, SANCION MORATORIA POR NO PAGO DE CESANTIAS correspondiente a un día de salario por cada día de atraso desde el año 2013 hasta la fecha, APORTES A PENSION desde el año 2013 hasta la fecha, así como la SANCION MORATORIA POR EL NO PAGO DE LOS APORTES A PENSION, PRIMAS de junio y diciembre de los años 2013, 2014 2015 y 2016, DOTACION correspondiente de los años 2013,2014, 2015, 2016, INDEMNIZACION POR DESPIDO y SANCION MORATORIA POR EL NO PAGO DE LA INDEMNIZACION correspondiente a un día de salario por cada de atraso desde el día en que se presentó el despido 28 de Febrero de 2015 hasta la fecha, además acreencias laborales a las que tenga derecho.”*

En consecuencia, se tiene la respuesta dada por la E.S.E Hospital Local de Calamar a la señora Rojano Claro el 1 de octubre de 2015³⁹, certificando el vínculo contractual existente entre las partes.

5.6.2. 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 E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR y la señora LEIDIS MARÍA ROJANO CLARO, en el período comprendido entre el 15 de enero del 2013 y 28 de febrero de 2015, tiempo en el que se alega en el libelo, que la demandante, estuvo prestando sus servicios como auxiliar de estadística, y dicho contrato se finalizó unilateralmente estando la accionante incapacitada.

La sentencia de primera instancia negó la existencia de la relación laboral por no encontrar configurado el elemento de la subordinación, el cual es necesario para declarar la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

La parte actora apeló la decisión, con el argumentando que el mismo cargo a desempeñar de Auxiliar de Estadística connota la necesidad de un funcionario principal del cual seguir órdenes, además, señala que sí quedó demostrada la continua relación laboral que se llevó a cabo entre la Sra.

³⁹ Folios 37-41 cdr. 1

13001-33-33-011-2017-00100-01

LEIDIS MARÍA ROJANO CLARO y la ESE en el periodo comprendido entre el 15 de enero del 2013 y 28 de febrero de 2015, establecido por contratos sucesivos e ininterrumpidos, tal como se demuestra en respuesta a la petición que solicita los periodos de trabajo y la función que desempeña.

Finalmente, señala que la sentencia de primera instancia no justificó la razón por la cual no se concedió el pago de la sanción por despido en debilidad manifiesta, indica que quedó probado que la demandante se enfermó teniendo contrato vigente con la E.S.E y le terminaron el contrato estando incapacitada.

Para la solución de los problemas jurídicos planteados se abordarán dos aspectos: i) si se configuraron los elementos de la relación laboral; y ii) si existe derecho de la actora de estabilidad reforzada por haber sido incapacitada, y por tanto tener derecho a la indemnización deprecada.

5.6.2.1. De los elementos de la relación laboral

5.6.2.1.1. La prestación personal del servicio.

En el presente asunto se acreditó que la señora LEIDIS MARÍA ROJANO CLARO estuvo vinculada a la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, a través de diversas órdenes de prestación de servicios que datan del 15 de enero de 2013, hasta el 28 de febrero de 2015. Si bien es cierto, no reposan todos los contratos de prestación de servicio sobre los cuales se soportan esas vigencias, se encuentra certificado⁴⁰ expedido por la entidad demandada, donde da fe de ello, tal como se reseñó en el acápite de hechos probados.

De otro lado, de la lectura del contrato aportado, se observa que la obligación principal del contratista era proporcionar sus servicios como auxiliar de estadística por un tiempo determinado.

De allí también se puede extraer que, para el efectivo cumplimiento del objeto contractual, la señora LEIDIS MARÍA ROJANO CLARO debía prestar el servicio de manera personal, en tanto los contratos no admiten subcontratar ni delegar esas actividades en otras personas diferente al contratista. Además, se entendería que la contratista es quien cuenta con la capacidad

⁴⁰ Folio 38 Cdr. 1

13001-33-33-011-2017-00100-01

técnica para el cumplimiento del referido objeto; razón por la cual se da por demostrado que se cumplió con este requisito necesario para configurar la relación laboral.

5.6.2.1.2. 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 el certificado expedido por parte de la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR, razón por la cual esta Sala tendrá por demostrado dicho requisito.

5.6.2.1.3. 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 prestar sus servicios como auxiliar de estadística en E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR. No obstante, las órdenes de prestación de servicios o la certificación de su suscripción, por sí solos, no son suficientes para determinar la subordinación y dependencia de la actora respecto de la entidad demandada.

Sobre este elemento, desde ya la Sala debe expresar que comparte la misma tesis de la juez de primera instancia, pues la accionante no demostró dentro del proceso la subordinación; Al respecto, para tener como probado el elemento en estudio, debe decirse en primer lugar, que seguir orientaciones no necesariamente implica la existencia de una subordinación. Recordemos que existen contratos con la administración que requieren de cierto tipo de coordinación, y en todo caso, en el *sub examine*, no se encuentra prueba que indique el tipo de órdenes a las cuales se encontraba supeditada la actora, tampoco se indicó quien era la persona que las imponía y bajo qué términos.

Revisados los hechos de la demanda, advierte la Sala, que el libelista en el hecho número siete (7) precisa: “entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR y mi poderdante la señora LEIDIS MARIA ROJANO CLARO, se trataba de un CONTRATO REALIDAD el cual se encuentra regulado en el artículo 22 del código sustantivo del trabajo”; no obstante, omite describir

13001-33-33-011-2017-00100-01

siquiera los elementos constitutivos del contrato de trabajo, y justificar de forma jurídica y fáctica su tesis de la existencia de contrato realidad.

El Honorable Consejo de Estado estableció en reciente sentencia de unificación, la cual fue mencionada en párrafos anteriores, cuáles eran los parámetros a tener en cuenta para establecer la existencia de una efectiva subordinación del contratante con respecto al contratista, dentro de esos parámetros hay que estudiar elementos cómo: el lugar de trabajo, el horario de labores, la dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar; y que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, cuestiones que ni pueden deducirse del contrato ni de los demás elementos allegados.

Así, es indispensable contar con el suficiente material probatorio para determinar la existencia de los elementos necesario para identificar la existencia de una verdadera subordinación dentro de la ejecución de un contrato de prestación de servicios; sin embargo, teniendo la parte demandante una libertad probatoria que le permite utilizar cualquier medio probatorio para convencer al juez sobre la ilegalidad del acto demandado, omitió hacer uso de ello.

La doctrina ha señalado, que la prueba tiene una doble connotación, una común, dirigida a todos aquellos aspectos que cotidianamente son soportados en las relaciones entre particulares y otra judicial, que surge dentro del proceso, responde a unos requisitos legales y se encuentra encaminada a sustentar las pretensiones de los participantes en la actuación⁴¹. (Destacado de la Sala)

En consecuencia, la omisión probatoria advertida en el plenario obedece a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso con el cual “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al Juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituye la *causa pretendi* de la demanda o la defensa, según el

⁴¹ La prueba indiciaria: Una mirada desde los sistemas procesales civil y penal, Fernando Luna Salas, Enrique del Rio González, Pág 21-22, Grupo Editorial Ibañez, 2020. FERNANDO LUNA SALAS Y ENRIQUE DEL RIO GONZALEZ

13001-33-33-011-2017-00100-01

caso⁴², carga de la prueba sustentada como lo ha mencionado el Honorable Consejo de Estado⁴³, en el principio de *autorresponsabilidad*⁴⁴ de las partes, el cual se debe agotar todos los medios probatorios dispuestos para lograr que el Juez acceda a sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable, en el caso en estudio, es totalmente evidente que la carga de la prueba recae sobre quien pretende demostrar un vínculo laboral.

En ese orden de ideas, con la simple afirmación del recurrente cuando señala que “el mismo cargo a desempeñar de Auxiliar de estadística connota la necesidad de un funcionario principal del cual seguir órdenes”, no puede ser suficiente para demostrar la subordinación, por cuanto, se reitera, ello debe ir acompañado de las pruebas o soportes necesarios para tal supuesto.

Bajo estas premisas, concuerda la Sala con la Juez de primera instancia al indicar que no se demostró el tercer elemento de la relación laboral, esto es, la subordinación, pues no hay claridad con respecto a las actividades que desempeñaba la demandante, el horario que cumplía, las ordenes que recibía; y tampoco se indica ni se prueba siquiera un solo evento que haga inferir a esta Sala la subordinación por parte de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR hacía la señora LEIDIS MARIA ROJANO CLARO.

5.6.2.2. Del derecho alegado por la actora, de estabilidad reforzada por haber terminado el contrato de prestación de servicios estando incapacitada, y por tanto, ser beneficiaria de indemnización por despido.

Teniendo de presente los anteriores descritos en el marco normativo de esta providencia, es menester referirse con respecto a la sanción que solicita la accionante por considerar que estaba en una condición de debilidad manifiesta, frente a la cual considera que tenía derecho a la estabilidad laboral reforzada.

Frente a este tópico, señaló la Juez de Primera instancia qué:

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de marzo de 2010, exp. 15.682, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de abril de 2007, Rad. AP- 44001-23-31-000-2005-00483-01, C.P. RUTH STELLA CORREA PALACIO.

⁴⁴ Parra Quijano, Jairo, Manuel de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, Pág. 242.

13001-33-33-011-2017-00100-01

"De otro lado, aduce la demandante que al momento de ser despedida se encontraba incapacitada y en atención a ello era sujeto de especial protección por encontrarse en un estado de debilidad manifiesta, al respecto, es preciso señalar que, la Corte Constitucional ha considerado que la estabilidad laboral no es una garantía que se traduzca en la permanencia indefinida o absoluta en los puestos de trabajo, sino que se concreta por diversos mecanismos y en distintos niveles de intensidad. Así las cosas, considera el Despacho que si bien la accionante estaba enferma para el momento de terminación del contrato, no se encuentran configurados los presupuestos para declarar la existencia de un contrato laboral, y tampoco el nexo causal entre la no renovación del contrato y el estado de salud de la accionante, teniendo en cuenta que la enfermedad era transitoria y no disminuía sus capacidades físicas ni mentales".

De acuerdo con lo indicado en el marco normativo y jurisprudencial descrito en el acápite 5.5.4. de este proveído, esta Sala comparte lo manifestado por la Juez de primera instancia, en el sentido que lo exigido por la parte demandante corresponde a un derecho dentro del marco de una relación laboral, y aunque la Corte Constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada es posible ampliarla a contratos de prestación de servicios, ello depende que en el plenario se pueda inferir que estemos ante un contrato realidad, empero en el caso que nos ocupa lo único demostrado es que el vínculo de las partes se da en un marco contractual regido por lo dispuesto en la ley 80 de 1993 y 1150 de 2007.

En el caso en estudio, aunque se probó que la demandante había sido incapacitada en fechas 5 de enero de 2015⁴⁵, 26 de enero de 2015⁴⁶, 27 de febrero de 2015⁴⁷, y 11 de septiembre de 2015⁴⁸; lo cierto es que no estamos frente a un contrato realidad.

Siendo, así las cosas, y ante la inexistencia de un contrato realidad no debía la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE CALAMAR pagar indemnización alguna a la demandante como si se tratara de un contrato laboral; y además es improcedente el pago de la sanción por despido en debilidad manifiesta solicitado en favor de la señora LEIDY MARÍA ROJANO CLARO por la misma razón.

Como se mencionó supra, se evidenció que mediante Oficio de fecha 24 de febrero de 2015⁴⁹, la demandante fue informada en el sentido que no

⁴⁵ Folio 27 Cdr.1

⁴⁶ Folio 40 Cdr.1

⁴⁷ Folio 21 Cdr.1

⁴⁸ Folio 41 Cdr.1

⁴⁹ Ver folios 22-24 expediente principal.

13001-33-33-011-2017-00100-01

sería prorrogado el contrato de prestación de servicios suscrito por la entidad demandada. En la anterior comunicación se solicitó a la actora, que vencido el término contractual se abstuviera de continuar prestando los servicios debido a la terminación del contrato suscrito entre las partes. La anterior decisión fue demandada por la demandante, no obstante, mediante auto de fecha 15 de junio de 2017⁵⁰ se rechazó dicha pretensión anulatória por haber operado la caducidad, cuestión que como se dijo previamente, quedó en firme por cuanto la actora no interpuso recursos, ello impide que su estudio sea abordado por esta corporación.

En ese orden, no logró la parte actora contradecir la legalidad del acto acusado, y por tanto no se acreditó la existencia de una relación laboral como lo pretende; por lo que es una razón suficiente para confirmarse la sentencia de primera instancia, como se expondrá en la parte resolutive de esta providencia.

5.7. 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.

VI. LA DECISIÓN

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: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia de fecha quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018), proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo del Circuito de Cartagena, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

⁵⁰ Folio 45 Cdr.1

13001-33-33-011-2017-00100-01

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

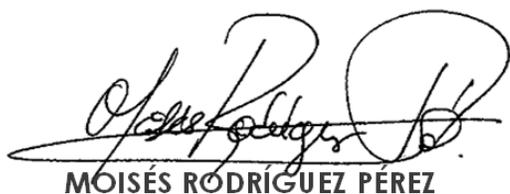
CUARTO: Ejecutoriada la presente providencia, envíese el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

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


MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

Las anteriores firmas hacen parte del proceso de radicado No. 13001-33-33-011-2017-00100-01