

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA QUINTA DE DECISIÓN

Magistrada Ponente. Beatriz Teresa Galvis Bustos

Neiva, dieciocho (18) de marzo de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41 001 33 33 006 2017-00345 00
Demandantes	:	LUIS MAURO MONTEALEGRE HERMOSA
Demandada	:	E.S.E CARMEN EMILIA OSPINA DE NEIVA
Asunto	:	CONTRATO REALIDAD -MÉDICO
Acta No	:	15

**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada 28 de marzo de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, que negó las pretensiones de la demanda.

CUESTIÓN PREVIA: Prelación de Fallo

Observa la Sala que, el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 impone a los jueces la obligación de proferir sentencias en el orden en que cada uno de los procesos que se han venido tramitando haya pasado al despacho para tal efecto, sin que pueda alterarse tal mandato, salvo en los casos en los que se profiera sentencia anticipada, en los que exista prelación legal o, atendiendo a la naturaleza del asunto. Así se observa en la citada norma:

“(…) ARTICULO 18. ORDEN PARA PROFERIR SENTENCIAS. Es obligatorio para los Jueces dictar las sentencias exactamente en el mismo orden en que hayan pasado los expedientes al despacho para tal fin sin que dicho orden pueda alterarse, salvo en los casos de sentencia anticipada o de prelación legal. Con todo, en los procesos de conocimiento de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tal orden también podrá modificarse en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público en atención a su importancia jurídica y trascendencia social. (…).”

En el presente caso, el objeto de debate se circunscribe a la solicitud de reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales generadas como consecuencia del contrato realidad que en el sentir de la parte demandante existió al prestar sus servicios como médico de la E.S.E Carmen Emilia Ospina de Neiva, tema respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha fijado una postura consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 y en lo dispuesto por la Sala Plena de esta Corporación en Acuerdo No. 003 del 21 de agosto de 2018, la Sala se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA¹

1.1. Pretensiones

EL señor Luís Mauro Montelaegre Hermosa, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretende el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales generadas como consecuencia de la relación laboral que según afirma, se configuró al prestar sus servicios como médico de la E.S.E Carmen Emilia Ospina, con el fin que se concedan las siguientes pretensiones:

“1. Declarar que entre el señor LUIS MAURO MONTEALEGRE HERMOSA y la E.S.E. CARMEN EMILIA OSPINA DE NEIVA, existió una relación laboral como Médico de manera directa, personal, permanente e ininterrumpida, bajo la subordinación y dependencia de la E.S.E. CARMEN EMILIA OSPINA DE NEIVA, entre el 08 de agosto de 2005, hasta el 31 de julio de 2016.

2. Declarar la Nulidad del Acto Administrativo No. 01-GER-003087-S-2017 del 20 de junio de 2017, mediante el cual la E.S.E CARMEN EMILIA OSPINA DE

¹ Folio 2 a 18

NEIVA, niega al señor LUIS MAURO MONTEALEGRE HERMOSA, el reconocimiento de la relación laboral, los derechos laborales y prestacionales derivados de la relación de trabajo en el cargo de Medico (sic).

Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho:

3. Condenar a la E.S.E. CARMEN EMILIA OSPINA, a reconocer y Pagar (sic) a favor de LUIS MAURO MONTEALEGRE HERMOSA, las mismas prestaciones sociales dejadas de percibir como Medico de planta, por el lapso comprendido entre el 08 de agosto de 2005, hasta el 31 de julio de 2016.

4. Condenar a la convocada (sic) a reconocer y pagar a favor del demandante el valor de la cuota parte de los aportes al sistema general de seguridad social en Pensiones, Salud, A.R.L. pagados como trabajador independiente y que le correspondía realizar a la E.S.E. CARMEN EMILIA OSPINA, como empleador suyo, desde el 08 de agosto de 2005, hasta el 31 de julio de 2016.

5. Condenar a la entidad demandada, a pagar a favor del convocante (sic) la correspondiente sanción moratoria prevista para las entidades estatales del nivel territorial, por no efectuarse la consignación del valor de las cesantías antes del 15 de febrero de cada año en un fondo administrador de dichos recursos, consistentes en un día de salario por cada día de retardo todo el tiempo que laboró como Medico (Artículo 99 No. 3 de la Ley 50 de 1990, artículo 13 de la Ley 344 y el decreto 1582 de 1998).

6. Condenar a la entidad convocada (sic), a pagar a favor del convocante la correspondiente sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo después de transcurridos 65 días hábiles desde la solicitud de las cesantías definitivas, hasta que se efectuó el pago, (Ley 244 de 1995, Adicionada y Modificada por la Ley 1071 de 2006).

7. A que todos los valores que se reconozcan deberán ser cancelados indexados respecto de las sumas adeudadas conforme el I.P.C. que para efectos expide el DANE o en su defecto a los intereses moratorios de conformidad con el inciso final del artículo 192 del C.P.A.C.A.

9. (sic) A que la sentencia se deberá cumplir en el término establecido en el artículo 192 del CPACA"

1.2.- Hechos

La anterior solicitud se sustenta en los siguientes supuestos fácticos:

1.2.1.- El señor Luis Mauro Montealegre Hermosa, prestó sus servicios profesionales a la E.S.E. Carmen Emilia Ospina como médico por más de 10 años, actividad que ejerció de manera personal, permanente e ininterrumpida,

desde el 8 de agosto de 2005 hasta el 31 de julio de 2016, según certificación expedida por la entidad.

1.2.2.- Indicó que el actor desarrolló sus labores de médico en iguales condiciones que el personal médico de planta de la demandada, y que siempre cumplía órdenes de trabajo impuestas por el Jefe de la zona donde desarrollaba la labor o por el Gerente de la época.

1.2.3.- Aseguró que entre el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa y la E.S.E. Carmen Emilia Ospina existió una continuada prestación del servicio, subordinación y dependencia, pues cumplía las ordenes que le impartían, el horario de trabajo impuesto, y prestaba el servicio en las mismas condiciones de los demás médicos de planta, dentro de las instalaciones de la demandada y con herramientas propias de ésta.

1.2.4.- Manifestó que durante la prestación del servicio como médico de la E.S.E Carmen Emilia Ospina cotizó como independiente al sistema general en salud, pensión y riesgos laborales, pagando con sus propios recursos el correspondiente a la seguridad social, obligación que estaba en cabeza del empleador.

1.2.5.- Indicó que al momento de la terminación del vínculo con la entidad demandada, de manera unilateral, no le fueron canceladas las prestaciones a que tenía derecho como servidor público de la E.S.E. Carmen Emilia Ospina.

1.2.6.- Afirmó que presentó reclamación administrativa ante la entidad demandada solicitando la existencia del contrato realidad y el pago de las acreencias laborales de la cuales considera tener derecho, y la misma fue negada por la entidad demandada a través de oficio No. 01GER-003087-S-2017 del 20 de junio de 2017.

1.3.- Fundamentos de Derecho

La parte actora denunció como transgredidas las disposiciones contenidas en Preámbulo del Carta Política y en sus artículos 1, 2, 5, 13, 25, 29, 53, 58 122 y 123. Así mismo, alegó la vulneración de la Ley 1437 de 2011, Ley 50 de 1990, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993, el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, Decreto 1919 de 2002, el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, Decreto 1750 de 2003, Decreto 1042 de 1978, y el artículo 59 de Ley 1438 de 2011.

Luego de transcribir cada uno de las normas jurídicas invocadas expuso apartes jurisprudenciales de las altas cortes en los que se analizan los requisitos propios de un contrato de trabajo y las condiciones para establecer la existencia de un contrato realidad.

Precisó que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 superior, es aplicable en los eventos en los que la administración haya celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una verdadera relación laboral, de manera que, una vez configurada ésta, el efecto normativo y garantizador de dicha garantía constitucional se concreta en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales.

Indicó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que los contratos de prestación de servicios no pueden constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los mismos solo pueden celebrarse cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la entidad, o cuando para tal efecto se requiere de conocimientos especializados, técnicos o científicos, eventos en los que el contratista ejerce las actividades con total autonomía e independencia.

Por último, señaló que la E.S.E Carmen Emilia Ospina de Neiva, al expedir acto administrativo acusado incurrió en falsa motivación, debido que a pesar de ser evidente le existencia de la relación laboral, desconoció los lineamientos jurisprudenciales y demás normas con relación a la vinculación a través de contratos de prestación de servicios profesionales los cuales fueron utilizados para ocultar una verdadera relación laboral con el demandante.

II. TRÁMITE PROCESAL

2.1. Radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue presentada el 24 de noviembre de 2017 ante la Oficina Judicial de la Dirección Seccional de Administración Judicial de Neiva (fl.186, C. principal), correspondiéndole por reparto al Juzgado Sexto Administrativo de Neiva, despacho que por auto del 30 de noviembre de esa misma anualidad (folio 188), dispuso su admisión y ordenó la notificación de la E.S.E. Hospital Carmen Emilia Ospina de Neiva y del Ministerio Público.

La diligencia de notificación se surtió en debida forma a la dirección electrónica para notificaciones judiciales de dichas entidades, como se hizo constar a folio 191.

2.2.- Contestación de la demanda

En ejercicio del derecho de defensa, la E.S.E Carmen Emilia Ospina de Neiva recorrió el traslado de la demanda a través de apoderado judicial y mediante escrito radicado el 25 de abril de 2018 (folio 198 a 211), por medio del cual se opuso a las pretensiones, argumentando que las mismas carecen de sustento fáctico y jurídico, en la medida que el vínculo surgido entre la E.S.E Carmen Emilia Ospina y el señor Luis Mauro Montenegro Hermosa fue contractual y no laboral.

De otro lado, señaló que debe mantenerse la legalidad del acto administrativo demandado, pues el mismo se ajusta a derecho y es respetuoso del ordenamiento jurídico; de tal forma, estimó, que las pretensiones de la demanda deben despacharse de manera desfavorable.

Propuso las excepciones que denominó "Legalidad del acto administrativo acusado", "Inexistencia de los requisitos propios del contrato laboral",

“Inexistencia de la obligación demandada”, y “Prescripción de los derechos reclamados”.

2.3.- Audiencia inicial

A través de providencia de 18 de julio de 2018 (fl. 252 cdno. principal No. 2), se dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el día 27 de septiembre de 2019, a las 08:00 a.m.

En el acta de la audiencia inicial (fls. 255-256 Cdno. principal No. 1), se dejó constancia que, en el presente caso, la excepción denominada “prescripción” se analizaría al momento de dictar sentencia, por lo que se procedió a continuar con el trámite de la audiencia.

Acto seguido, se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y su contestación. Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda, con el valor legal que les corresponda, y se decretaron las testimoniales solicitadas por las partes, las cuales fueron evacuadas en audiencia celebrada el 24 de enero de 2019 (folio 257), diligencia en la que, además, se concedió a las partes el término de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

2.4.- Alegatos de conclusión de primera instancia

La *parte demandante* alegó de conclusión a través de memorial calendado 29 de enero de 2019 (fl. 258-260 C.2), en el que señaló que las pruebas documentales aportadas demuestran que el demandante prestó los servicios de manera continua y sin interrupción desde el 8 de agosto de 2005 hasta el 31 de julio de 2016, de manera personal como médico, documentos que no fueron tachados por la entidad demandada.

En relación con la prueba testimonial señaló que las mismas permiten establecer las condiciones de trabajo del demandante, y las circunstancias bajo

las cuales debía realizar su función. Al respecto indicó que el testigo Raúl Pérez Salazar precisó que el señor Luís Mauro Montealegre Hermosa laboró para la E.S.E. Carmen Emilia Ospina de manera subordinada y dependiente, realizando las funciones asignadas a personal de planta de la institución.

Consideró que en el caso del aquí demandante es aplicable el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, ya que en dicha relación no existió una prestación de servicios sino una verdadera relación laboral que conforme se ha establecido jurisprudencialmente le da derecho al reconocimiento de todos los emolumentos laborales reclamados.

La *entidad demandada* guardó silencio (folio 261).

Por su parte, la representante del *Ministerio Público* en esta oportunidad no emitió concepto².

2.5.- Sentencia de primera instancia

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Neiva, profirió sentencia de primera instancia el 28 de marzo de 2019³, en cuya parte resolutive, dispuso lo siguiente:

“PRIMERO. NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante fijando por valor de agencias en derecho la suma de cuatro millones quinientos mil pesos (\$4.500.000).

TERCERO. En firme la sentencia, archívese el expediente, previa anotación en el software de gestión Justicia XXI.”

Como sustento de la decisión el A quo trajo a colación el marco jurisprudencial que en relación al contrato realidad ha prohijado el Consejo de Estado, cuya tesis sostiene que para determinar su existencia se debe revisar en cada caso las condiciones en las cuales fueron prestados los servicios a fin de vislumbrar

² Ibidem

³ folio 262-270.

en el vínculo generado por las partes los tres elementos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

En cuanto al elemento de la prestación personal del servicio, el A quo señaló que a partir de los contratos suscritos por el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa y la E.S.E Carmen Emilia Ospina de Neiva, y de la prueba testimonial recibida en el proceso, se encuentra acreditado que el aquí demandantes prestó sus servicios profesionales como médico de la entidad demandada.

Frente a la remuneración indicó que los contratos suscritos indican la forma como se cancelaban al actor las horas laboradas en el servicio de consulta externa, conforme la verificación que debía efectuar el supervisor o jefe de área de la ESE, y las cuentas de cobro que se debía aportar con los soportes correspondientes, situación que, señaló, fue corroborada con la declaración de los testigos.

Precisó que si bien no se aportaron los soportes de pago o prueba documental que permita evidenciar que efectivamente el pago se realizó, lo cierto es que la entidad demandada no discute la remuneración y la prestación personal del servicio que debía realizar el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa en su calidad de médico en el área de consulta externa.

Por lo anterior, consideró acreditado dicho elemento y abordó el análisis correspondiente al requisito de la subordinación o dependencia, indicando, en primer lugar, que éste es el que centra la atención en las controversias que se suscitan en el denominado contrato realidad, cuando se discute el encubrimiento de una verdadera relación laboral a través de contratos de prestación de servicios.

Descendiendo al caso sub lite, verificó que el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa desempeñó sus funciones de médico general bajo las ordenes de la administración de la E.S.E Carmen Emilia Ospina, desde el 8 de agosto 2005 hasta el 31 de julio de 2016.

En relación a la prueba testimonial, indicó que los señores Jhon Fredy Andrade Chala, Gilberto Gómez Cisneros, Laura María Cruz Almario y Raúl Pérez Salazar, coinciden en señalar que el demandante se desempeñaba como médico general en la E.S.E Carmen Emilia Ospina, y que dicha labor la realizaba en las instalaciones y con implementos de dicha entidad.

Anotó que la parte demandada tachó por imparcialidad los testimonios de los señores Jhon Fredy Andrade Chala, Gilberto Gómez Cisneros y Laura María Cruz Almario, al revelar que están realizando reclamación administrativa en contra de la misma entidad demandada y cuyo fin es el reconocimiento de la existencia de un contrato de trabajo y el consecuente pago de las prestaciones sociales derivados del mismo; y que igualmente la parte demandante formuló tacha al testimonio del señor Raúl Pérez Salazar en razón de la dependencia del testigo con la entidad demandada al mediar entre ellos un vínculo laboral.

Al respecto, el A quo manifestó que tales circunstancias no vetan al juez de conocimiento para efectuar el análisis que corresponda en cada caso en particular bajo las reglas de la sana crítica, por lo que en el subjuice, consideró que los testimonios se tendrían en cuenta y serían valorados atendiendo los demás medios de prueba obrantes en el proceso.

Ahora bien, en lo que atañe a los testigos Jhon Fredy Andrade Chala, Gilberto Gómez y Laura María Cruz Almario, estimó que de sus testimonios no es posible extraer en detalle la forma o desarrollo de la prestación del servicio, en la medida que los dos primeros no compartían labores con el demandante, ni siquiera la misma sede, por lo cual su dicho es una mera apreciación personal, más no el conocimiento directo del hecho, y la última, además de tener interés en las resultas del proceso, en el proceso no milita otro elemento que apoye su dicho frente al elemento de la subordinación en el caso concreto.

Anotó que la actividad profesional médica *per se* tiene una vocación de independencia en el acto de valoración de la salud, por lo tanto, no puede afirmarse que el médico dependiera de otro para la valoración del paciente o disponer la conducta médica a diagnosticar.

Indicó que si bien en otros casos ese despacho judicial había mantenido la posición que de los documentos contractuales y el propio ejercicio del contrato se evidencian pautas de subordinación como la estipulación de obligaciones muy similares a un médico de planta, la determinación de horarios o turnos de atención, la confrontación del pago según la atención efectiva y control de un tercero, lo cierto es que tal postura ha sido rebatida por el Consejo de Estado, en el sentido de indicar que la sola permanencia en el tiempo (periodo o lapso extenso), que existan similitudes de labores con un médico de planta, la estipulación de un horario o turnos, la existencia de control del servicio y formas de pago según atención de usuarios no genera *per se* la generación automática de un contrato realidad.

Con fundamento en ello, concluyó que en los eventos en los que se pretenda el reconocimiento de un contrato realidad, se exige con mayor rigor probatorio el incorporar al proceso elementos que demuestren la subordinación o dependencia en el desarrollo contractual, no bastando las condiciones contractuales, ni mucho menos las apreciaciones personales de los testigos frente a como consideran se desarrolla la relación laboral.

Bajo tal contexto, y teniendo en cuenta que para este tipo de controversias la carga de la prueba corresponde a la parte demandante, estimó que en el *sublite* no se encuentra demostrada la subordinación y dependencia del señor Luis Mauro Montealegre Hermosa frente a la E.S.E. Carmen Emilia Ospina, pues en no se encuentran memorandos, circulares, llamados de atención o comunicaciones mediante los cuales se impartieran órdenes que obligaran su acatamiento para el desarrollo del contrato de prestación del servicio, como tampoco el tener que cumplir con un horario laboral impuesto por la entidad demandada, razón por la cual concluyó que las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar.

2.6.- Recurso de apelación⁴

⁴ Folio 273 a 278 cuaderno principal.

A través de memorial de 12 de abril de 2019, la parte actora apeló la decisión de primera instancia, argumentando que pese a haber tenido por acreditadas la prestación personal del servicio y la remuneración, para el A quo el elemento de la subordinación no se halla probado en el presente asunto, bajo el argumento que no existen en el plenario llamados de atención, memorando o comunicaciones mediante los cuales se le impartieran ordenes al demandante por parte de la E.S.E Carmen Emilia Ospina.

Al respecto, señaló que era lógico que no existieran tales documentos, toda vez que la entidad demandada, de ante mano, se protege de hacerlo, para no incurrir, precisamente, en subordinación.

Aseguró que el desarrollo de las labores del actor fueron desempeñadas de lunes a viernes, y que para retirarse de la E.S.E. demandada debía presentar solicitudes de permiso a su jefe inmediato, pues así lo confirmó el testimonio del señor Raúl Pérez Salazar quien, como supervisor del contrato de prestación de servicios profesionales, explicó que los pacientes eran citados conforme la agenda, y en el evento que el médico no lo atendiera, se daba aviso a los supervisores de su ausencia, quienes hacían llamados de atención vía telefónica, o radicaban queja por escrito, por lo tanto, se encuentra demostrado que el medico contratista no podía incumplir de manera autónoma la citas programadas de manera previa por la E.S.E Carmen Emilia Ospina.

Manifestó que con la declaración del citado testigo se corrobora que no existían diferencias entre las funciones del médico contratista y las de los galenos de planta de la entidad demandada, las cuales hacen parte del giro ordinario de la entidad; y que para el ejercicio de sus funciones el demandante utilizaba los implementos de la E.S.E demandada.

Resaltó que si bien las funciones del cargo de médico de planta de la entidad no fueron establecidas con exactitud en los contratos de prestación de servicios, lo cierto es que si fueron estipuladas de forma general.

Indicó, además, que durante el tiempo que el demandante prestó sus servicios en la E.S.E fue trasladado a otros centros de salud y zonas de atención, lo cual no se debió a su libre decisión, sino a la orden impartida desde la gerencia de la demandada de acuerdo a las necesidades del servicio, de lo que se infiere que el actor no contaba con la autonomía ni la libertad para desarrollar la labor contratada, mucho menos con la posibilidad de discutir las condiciones de los contratos, máxime si estos establecían que su obligación era prestar disponibilidad para la atención de consulta externa médica "no programada y adicionales".

Por otro lado, indicó que la relación jurídica entre las partes no fue meramente temporal, teniendo en cuenta que el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa permaneció vinculado por más de 10 años, en los que ejerció las labores de la misión institucional de la entidad, pues ésta carecía de suficiente planta de personal.

Alegó que el Jefe de la Zona impartía al actor las órdenes del trabajo que debía desempeñar y los horarios para atender al público, es decir era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios.

Concluyó que del acervo probatorio se colige que durante la prestación de los servicios del accionante como médico general de la E.S.E. Carmen Emilia Ospina, el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa estuvo sometido al cumplimiento de horarios de atención de la entidad; no pudo delegar el ejercicio de sus actividades a terceras personas; desarrolló funciones y labores similares a los empleados de planta y bajo las mismas condiciones de éstos, esto es, en las instalaciones y con los instrumentos, materiales, insumos y equipos de la accionada; y recibía llamados de atención por parte de su superior.

Por lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, en la medida que en el presente caso se encuentran probados los elementos que revelan la existencia de una relación laboral.

2.7.- Trámite de segunda instancia

El día 24 de abril de 2019⁵ el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva concedió el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia.

Por auto del 10 de mayo de 2019 se admitió la alzada⁶, y mediante providencia del 30 de mayo de esa misma anualidad⁷, se corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión.

2.8.- Alegatos de conclusión segunda instancia

2.8.1.- Parte demandante

Descorrió el término de traslado a través de memorial calendarado 4 de junio de 2019⁸, en el que reiteró los cargos expuestos en la alzada.

2.8.2.- Parte demandada

Mediante escrito del 17 de julio de 2019⁹, la E.S.E Carmen Emilia Ospina de Neiva presentó sus alegatos de conclusión, indicando que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, toda vez que en el presente caso esa entidad no tiene obligación de reconocer ni pagar suma alguna al aquí demandante por concepto de prestaciones sociales, en la medida que no existió entre las partes una relación laboral, sino una serie de contratos de prestación de servicios, cuya ejecución tuvo lugar sin que existiera subordinación alguna en la prestación del servicio.

2.8.3.- Ministerio Público

⁵ Folio 280 cuaderno principal.

⁶ Folio 4 cdno. Segunda Instancia.

⁷ Folio 9 cdno. Segunda Instancia.

⁸ Folio 13-15 cdno. Segunda Instancia.

⁹ Folio 17-23 cdno. Segunda Instancia.

En esta oportunidad no emitió concepto¹⁰.

III.- CONSIDERACIONES

3.1. Competencia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En el asunto de la referencia la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva.

Al respecto, el artículo 328 del Código General del Proceso preceptúa lo siguiente:

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

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

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *A quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Adicionalmente, en este caso, ningún reparo encuentra la Sala respecto del cumplimiento del requisito de procedibilidad y la legitimación de hecho en la causa de las partes, por lo que siendo ello así se abordará el estudio del presente asunto atendiendo las consideraciones expuestas.

¹⁰ Folio 25 cdno. Segunda Instancia

3.2. Planteamiento del Caso

La parte demandante solicita la nulidad del oficio calendado 20 de junio de 2017 expedido por la E.S.E Carmen Emilia Ospina, y a título de restablecimiento que se condene a esta entidad a reconocer la existencia de un contrato realidad con el demandante quien prestó sus servicios como médico de esa entidad, y por consiguiente el reconocimiento, liquidación y pago de todos los emolumentos laborales frutos de esa relación laboral que existió.

Entre tanto, **la sentencia de primera instancia** negó las pretensiones de la demanda al estimar que en el caso del señor Luis Mauro Montealegre Hermosa, si bien se encuentra acreditada la prestación personal del servicio y la remuneración, lo cierto es que del material probatorio no es posible estructurar el elemento de la subordinación, en la medida que no existen en el plenario llamados de atención, memorando o comunicaciones mediante los cuales se le impartieran órdenes al demandante por parte de la E.S.E Carmen Emilia Ospina, lo que, a su juicio, impide tener por demostrada la existencia de una relación laboral con esa entidad.

La parte demandante y recurrente disiente del fallo de primera instancia argumentando que el A quo desconoce la prueba testimonial traída al proceso, la cual demuestra que el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa, durante la prestación de los servicios como médico general de la E.S.E. Carmen Emilia Ospina, desempeñó sus actividades de manera subordinada, pues no existían diferencias entre las funciones del demandante y las de los galenos de planta de la entidad demandada, las cuales hacen parte del giro ordinario de la entidad; estuvo sometido al cumplimiento de horarios de atención fijados por la entidad demandada; no pudo delegar el ejercicio de sus actividades a terceras personas; desarrolló funciones bajo las mismas condiciones de los empleados de planta, esto es, en las instalaciones y con los instrumentos, materiales, insumos y equipos de la accionada; y recibía llamados de atención por parte de su superior.

3.3.- Problema Jurídico

Consiste en dilucidar si hay lugar a revocar la sentencia proferida el 28 de marzo de 2019 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Neiva, en tanto negó la existencia de una relación laboral entre el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa y la E.S.E Carmen Emilia Ospina, al no encontrar acreditado el elemento de la subordinación.

En consecuencia, deberá determinarse si en el presente proceso se comprueba este elemento indispensable para determinar la existencia de una relación laboral entre el aquí demandante y la E.S.E Carmen Emilia Ospina.

Para efectos de resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrollará el siguiente orden metodológico: *i)* Marco normativo del principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades, *ii)* hechos probados; *y iii)* análisis del caso concreto.

No obstante, antes de desarrollar el derrotero descrito, la Sala analizará el tópico relacionado con la caducidad de la acción, en aras de verificar si el medio de control de la referencia fue ejercido de manera oportuna, toda vez que la caducidad de la acción es una institución de orden público e irrenunciable, la cual, habiendo ocurrido, impide proferir un fallo de fondo.

3.3.1.- Ejercicio oportuno del medio de control

Para efectos de examinar el presupuesto de oportunidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se trae a colación el literal c) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

c) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. Sin embargo, no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe;

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

d) Cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo, según el caso, salvo las excepciones establecidas en otras disposiciones legales;

(...)”

Conforme a la disposición transcrita, en tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, su ejercicio caduca al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso, salvo que se trate de actos que reconozcan o nieguen prestaciones periódicas los cuales podrán demandarse en cualquier tiempo.

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 1716 de 2009, establece que la presentación de solicitud de conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público, suspende los términos de prescripción o caducidad, según el caso: a) hasta que se logre acuerdo conciliatorio; b) hasta que se expida la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad o; c) hasta que se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.

La caducidad se constituye entonces, en el término dentro del cual es posible ejercer el derecho de acción, que permite salvaguardar la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones entre individuos, y entre éstos y el Estado.

En el presente caso la parte demandante acusa de ilegalidad el acto administrativo expedido el 20 de junio de 2017 (folio 19-21), y por ello, conforme a lo dispuesto en el literal d) del numeral 2 del artículo 164 el término de cuatro meses se contabiliza desde el día siguiente, por lo tanto, el plazo para presentar la demanda fenecía el 21 de octubre de 2017, siendo radicada el 24 de noviembre de esa misma anualidad (folio 186), lo que en principio daría lugar a considerar que se configura la caducidad del medio de control.

No obstante, la parte demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial

el día 18 de octubre de 2017¹¹, suspendiéndose el término cuando faltaban 3 días para que operara la caducidad; diligencia que se declaró fallida, expidiéndose constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad el día 21 de noviembre de 2017¹², fecha a partir de la cual se reanudó el conteo del plazo hasta el 24 de noviembre de 2017, data en la que fue incoada la demanda como se señaló en precedencia; por lo que la Sala concluye que el medio de control fue ejercido de manera oportuna.

3.3.2.- Precedente jurisprudencial: Contratos de carácter laboral

La Sala hace las siguientes precisiones respecto de la controversia planteada, toda vez que la Jurisprudencia ha sido reiterativa, resaltándose los siguientes pronunciamientos:

La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, Magistrado Ponente Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre el contrato de carácter laboral y el de **prestación de servicios**¹³, señalando:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos sean bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, **el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios**, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede

¹¹ Folio 102 cuaderno No. 1

¹² ibidem

¹³En relación con la procedencia constitucional y legal del contrato administrativo de prestación de servicios se ha señalado lo siguiente: 1) Sólo podrá celebrarse con personas naturales; 2) Requieren conocimientos especializados; 3) Son particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas; 3) Se suscriben los contratos de prestación de servicios cuando tales actividades no pueden realizarse con personal de planta.

tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; **a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente**".

Conforme lo anterior, el contrato de prestación de servicios, puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera primordial cuando se comprueba la **subordinación o dependencia** respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales contenido en el artículo 53¹⁴ de la Carta Política, independientemente del título jurídico o *nómenjuris* que se le haya dado a dicha relación.

Sobre este particular, el Consejo de Estado, en fallos del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha insistido en la necesidad de que se acrediten de manera clara los **tres elementos** propios de una **relación de trabajo**, en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador, expresando lo siguiente:

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y

¹⁴ **ARTICULO 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores: remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores." (Destaca la Sala).

se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los períodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral **por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista**, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, **además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:**

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando el demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad, (...)." (Resaltado fuera de texto).

Dicha tesis, se opone a la adoptada en Jurisprudencia anterior, en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación, posición que fue explicada en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, en donde esta Alta Corporación señaló:

"...si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. **En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.**"(Resaltado fuera de texto).

Luego, el Consejo de Estado retomó la tesis primigenia que había sido adoptada desde la sentencia del 18 de marzo de 1999 (Exp. 11722 - 1198/98).

Expuesto lo anterior, se concluye, que para acreditar la **existencia de una relación laboral**, es necesario probar los **tres elementos** inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista ejerció una función pública en las mismas condiciones de **subordinación y dependencia** que sujetarían a cualquier otro servidor público en igualdad de condiciones, constatando de ésta forma, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

La última tesis expuesta, es la que ha prevalecido al interior del Consejo de Estado, en la cual ha dado aplicación al principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser objeto de prueba, así **en sentencia de Unificación CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016**, esa corporación precisó:

‘Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes; en efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del

servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo (...)”¹⁵.

Ahora, sobre los efectos del reconocimiento de la relación laboral y sus derechos patrimoniales, pero no el status de empleado público indicó la Corte Constitucional¹⁶ lo siguiente:

“La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ellas los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que pueda encontrarse otra persona que desempeña como empleado público una actividad similar”.

Por su parte, el Consejo de Estado **sentencia de unificación CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016**, analizó la manera como debe restablecerse el derecho en este tipo de controversias, indicó:

“Por consiguiente, no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo.

(...)

Ahora bien, **en lo que atañe al ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el docente vinculado por contrato de prestación de servicios, cabe anotar que este corresponderá a los honorarios pactados**, ya que no es dable tener en cuenta, en este caso, el empleo de planta (...)

¹⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Consejero ponente: Carmel Perdomo Cuéter Bogotá. D.C. veinticinco 25 de agosto de dos mil dieciséis (2016) Medio de control Nulidad y restablecimiento del derecho Expediente 23001233300020130026001 (00882015)

¹⁶C. Constitucional C-555 del 6 de diciembre de 1994

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados¹⁷

-Negrilla fuera de texto-

De todo lo expuesto, es posible concluir que el reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral debe hacerse a título de indemnización y que el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el contratista corresponde a los honorarios pactados, sin que en ningún caso pueda tenerse en cuenta los rubros percibidos por el personal de planta de la entidad que se condena.

3.3.3.- Prescripción derivada de un contrato realidad

Considera la Sala necesario precisar que la reclamación sobre derechos laborales, de los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales), se rige, según lo establecido en el artículo 41 del Decreto 3135 del 26 de diciembre de 1968¹⁸, que señala:

"Artículo 41º.- Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual" (Subraya fuera de texto).

Por su parte el Decreto 1848 del 4 de noviembre de 1969¹⁹, en su artículo 102, indica:

"Artículo 102º.- Prescripción de acciones.

¹⁷ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Segunda. M.P: Carmelo Perdomo Cuéter. 25 de agosto de 2016. (0088-15)CE-SUJ2-005-16.

¹⁸ "Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales".

¹⁹ "por el cual se reglamenta el Decreto 3135 de 1968".

1.- Las acciones que emanan de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

2. El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual”(Subraya fuera de texto).

Dichas normas generales que rigen a los servidores públicos, contemplan el término de prescripción de tres años, que se deben contar desde que la obligación se hace exigible y no elevarse la reclamación dentro del tiempo conferido por la Ley, opera la prescripción de los pretendidos derechos laborales.

Ahora bien, sobre la prescripción trienal de derechos laborales para aquellos casos en que se demuestre la **existencia de la primacía de la realidad sobre la formalidad**, que a partir de la expedición de la sentencia de unificación jurisprudencial **CE-SUJ2-005 del 25 de agosto de 2016**, debe declararse la prescripción de las prestaciones sociales a que tendría derecho la demandante por la existencia de la relación laboral, al haber transcurrido más de tres años entre la finalización de los vínculos contractuales y la reclamación del derecho ante la autoridad pertinente, como pasa a explicarse:

Es así que en materia de derechos laborales de los empleados públicos, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968²⁰ y 102 del Decreto 1848 de 1969²¹ (reglamentario del primero), regulan que las acciones que emanen de los derechos consagrados en dichas normas prescriben en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Particularmente, en cuanto al reconocimiento de la existencia de la relación

²⁰ «Artículo 41. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual.»

²¹ «Artículo 102. Las acciones que emanen de los derechos consagrados en el Decreto 3135 de 1968 y en este Decreto, prescriben en tres (3) años, contados a partir de la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

El simple reclamo escrito del empleado oficial formulado ante la entidad o empresa obligada, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero solo por un lapso igual.»

laboral encubierta a través de un contrato de prestación de servicios, la citada sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de agosto de 2016, estableció las siguientes reglas respecto a la prescripción extintiva de los derechos salariales y prestacionales derivados del contrato realidad²²:

- Que el término para exigir el reconocimiento de una relación laboral con el Estado es de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual, y que pasado dicho tiempo se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella.
- Que en aquellos casos donde existe interrupción entre los contratos de prestación de servicios y en su ejecución, debe analizarse la prescripción frente a cada uno de ellos, a partir de sus fechas de finalización.

No obstante, la sentencia en comento señaló que la prescripción no puede aplicarse a los aportes que por pensión se debían realizar por parte del empleador, que en este caso es el Estado.²³ Lo anterior, con fundamento en la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos laborales; el principio *in dubio pro operario*²⁴; el derecho constitucional fundamental a la igualdad y; el principio de no regresividad en armonía con el mandato de progresividad²⁵.

De igual forma, el precedente de unificación en cita indicó que corresponde al juez administrativo estudiar en todos los casos en los que proceda el reconocimiento de la relación laboral o contrato realidad, aun así no se haya

²² Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación Jurisprudencial CE-SUJ2-05 del 25 de agosto de 2016. Consejero Ponente Dr. Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015).

²³ «[...] En este orden de ideas, las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, están exceptuadas no solo de la prescripción extintiva sino de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c. del CPACA)²³, y por ende, pueden ser solicitados y demandados en cualquier momento, puesto que la Administración no puede sustraerse al pago de los respectivos aportes al sistema de seguridad social en pensiones, cuando ello puede repercutir en el derecho de acceso a una pensión en condiciones dignas y acorde con la realidad laboral, prerrogativa que posee quien ha servido al Estado mediante una relación de trabajo.[...]»

²⁴ «[...] conforme al cual en caso de duda ha de prevalecer la interpretación normativa más favorable a los intereses del trabajador, premisa contenida tanto en el artículo 53 de la Constitución Política como en el 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»

²⁵ «[...] que implica el avance o desarrollo en el nivel de protección de los trabajadores, en armonía con el mandato de progresividad, que se encuentran consagrados en las normas de derecho internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad [...]»

solicitado expresamente, lo concerniente a las cotizaciones adeudadas por la administración al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; y precisó que la imprescriptibilidad frente a los aportes a seguridad social en pensiones no opera frente a la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, sino en relación con las cotizaciones adeudadas al Sistema General de Seguridad Social que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

Para el efecto, indicó que la administración se encuentra en la obligación de determinar mes a mes si existe diferencia entre los aportes que se debieron efectuar y los realizados por el contratista, y cotizar al respectivo fondo de pensiones la suma faltante por concepto de aportes a pensión solo en el porcentaje que le correspondía al empleador.

3.3.4.- Lo probado en el proceso

3.3.4.1.- Valor probatorio de los documentales

Los medios probatorios documentales obrantes en el expediente aportados en copia simple serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁶, pues no fueron objeto de tacha.

Por medio de la prueba documental incorporada al proceso, encuentra la Sala acreditado en lo que resulta relevante para el estudio del fondo del asunto, los siguientes aspectos:

Contrato No.	Plazo	Valor	Duración	Folio
0372 del 25 de julio de 2005	5 meses	6.387.780	08/08/2005 al 31/12/2005	170-175
0060 del 2 de enero de 2016 y Adicional del 1º de abril de 2006	4 meses	5.075.460	02/01/2006 al 30/06/2006	165-169
	2 meses	3.195.060		163-164
0335 del 1º de julio de 2006	3 meses	4.448.860	01/07/2006 al 30/09/2006	158-162
0589 del 26 de septiembre de 2006	3 meses	4.4699.500	05/10/2006 al 31/12/2006	153-157

²⁶ Consejo de Estado. Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2013. proceso No. 05001-23-31-000-1996-00659-01. Consejero Ponente Dr. Enrique Gil Botero.

0039 del 1º de enero de 2007	3 meses	5.123.810	01/01/2007 al 31/03/2007	147-152
0330 del 1º de abril de 2007	6 meses	9.903.850	01/04/2004 al 30/09/2007	142-146
0533 del 21 de septiembre de 2007	3 meses	4.992.850	01/10/2007 al 31/12/2007	137-145
0014 del 1º de enero de 2008	3 meses	5.132.100	01/01/2008 al 31/03/2008	132-136
0292 del 17 de marzo de 2008	3 meses	5.132.100	01/04/2008 al 30/06/2008	127-131
0461 del 23 de junio de 2008	3 meses	5.474.240	01/07/2008 al 30/09/2008	122-126
0644 del 19 de septiembre de 2008	3 meses	5.217.635	01/10/2008 al 31/12/2009	117-121
0112 del 19 de enero de 2009	2 meses 9 días	6.314.880	21/01/2009 al 30/04/2009	112-116
0311 del 26 de marzo de 2009	3 meses	4.392.960	01/05/2009 al 31/07/2009	107-111
0746 del 28 de agosto de 2009	2 meses	3.148.288	09/09/2009 al 31/10/2009	102-106
0895 del 31 de octubre de 2009	2 meses 20 días	3.807.232	01/11/2009 al 20/01/2010	97-101
061 del 21 de enero de 2010	3 meses y 9 días	6.314.880	21/01/2010 al 30/04/2010	93-96
0473 del 16 de abril de 2010	3 meses	5.250.000	01/05/2010 al 31/07/2010	89-92
0724 del 23 de julio de 2010	3 meses	5.512.500	01/08/2010 al 31/10/2010	84-88
1026 del 26 de noviembre de 2010	3 meses	3.675.000	03/12/2010 al 31/01/2011	80-83
0212 del 21 de enero de 2012	4 meses	7.407.750	01/02/2011 al 31/05/2011	76-79
716 del 12 de mayo de 2011	6 meses	13.320.000	01/06/2011 al 30/11/2011	72-75
225 del 19 de enero de 2012	4 meses 9 días	8.179.100	21/01/2012 al 31/05/2012	68-71
643 del 30 de mayo de 2012 y Adicional del 30 de noviembre de 2012	6 meses	11.211.800	01/06/2012 al 28/02/2013	62-67
	2 meses	5.605.900		
394 del 28 de febrero de 2013 y Adicional del 4 de julio de 2014	7 meses	13.637.520	01/03/2013 al 30/09/2013	57-61
		1.895.712		
719 del 5 de junio de 2013	3 meses y 25 días	5.480.244	05/06/2013 al 30/09/2013	54-56
1016 del 27 de setiembre de 2013	2 meses	4.758.624	01/10/2013 al 30/11/2013	51-53
1222 del 22 de noviembre de 2013	4 meses	9.517.248	01/12/2013 al 31/03/2014	48-50
422 del 28 de marzo de 2014	2 meses	4.990.752	01/04/2014 al 31/05/2014	45-47
1178 del 30 de mayo de 2014	4 meses	13.040.000	01/06/2014 al 31/10/2014	42-44
1984 del 30 de octubre de 2014 y Adicional del 18 de diciembre de 2014	2 meses	4.400.000	01/11/2014 al 31/01/2015	36-41
		2.200.000		
471 del 6 de febrero de 2015 y adicional del 27 de octubre de 2015	9 meses 22 días	19.800.000	06/02/2015 al 30/11/2015	30-35
		200.000		

1316 del 30 de noviembre de 2015	2 meses	4.000.000	01/12/2015 al 31/01/2016	26-29
477 del 29 de enero de 2016	6 meses	13.200.000	01/02/2016 al 31/07/2016	22-25

3.3.4.2.- Prueba testimonial

En audiencia de práctica de pruebas celebrada el día 24 de enero de 2019 (folio 257) se recibieron las declaraciones de los señores Luz María Cruz Almario Gilberto Gómez Cisneros y Jhon Fredy Andrade (testigos de la parte demandante); Raúl Pérez Salazar (testigo de la parte demandada).

Valga precisar que frente al testimonio de los señores Luz María Cruz Almario Gilberto Gómez Cisneros y Jhon Fredy Andrade, la parte demandada formuló tacha por imparcialidad, y en el mismo sentido, la parte actora presentó tacha en relación al testigo Raúl Pérez Salazar en razón del vínculo laboral entre este y la E.S.E demandada. Al respecto observa la Sala que el A quo desestimó la tacha propuesta por ambas partes y la parte actora no formuló reparos frente a esa decisión en el recurso de apelación.

Bajo estas precisiones, la prueba testimonial será valorada, por lo que a continuación se precisarán las circunstancias expuestas por cada uno de los testigos y relevantes para la solución del caso concreto.

La testigo **Laura María Cruz Almario**, manifestó ser "Técnica Auxiliar en Salud Oral", que trabajó para la entidad demandada en el año 2012 y esposa del demandante señor Luis Mauro Montealegre Hermosa.

Seguidamente, frente a las condiciones de prestación del servicio del demandante fue enfática en señalar que éste debía cumplir el horario que decía el jefe de zona, atender pacientes y cumplir con el contrato, para lo cual se daba un tiempo de 20 minutos para la atención de los usuarios, y que tal situación la conoce porque eran compañeros de trabajo, ella en el área de odontología y él en el área de medicina general.

Preció que ella también suscribió contrato de prestación de servicios con la E.S.E Carmen Emilia Ospina y en las mismas condiciones que el demandante, resaltando que no existía ninguna diferencia entre la labor prestada entre los médicos de planta y los de prestación de servicios. En lo referente a las órdenes que recibía el demandante, indicó que estas eran impartidas, principalmente, por el jefe de zona, y por el Gerente de la entidad.

En cuanto al horario señaló que ello era determinado por el jefe de zona, quien además de fijar la productividad, en el sentido que el actor debía atender tres pacientes por hora, era el encargado de los procesos disciplinarios a los que estaba sometido el actor.

Por último, al preguntarle si el demandante tenía otros contratos de prestación de servicios cuando trabajaba para la E.S.E. demandada, contestó que sí, pero que no recordaba el nombre de las empresas en las cuales trabajaba.

Por su parte, el testigo **Gilberto Gómez Cisneros**, dijo ser contador de profesión, y trabajador de la E.S.E Carmen Emilia Ospina desde el año 2007 desempeñando funciones de auxiliar de contabilidad, y estuvo vinculado hasta febrero de 2017.

Manifestó que si bien conoce al demandante porque en su área recibía las cuentas de cobro que presentaba el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa, no tenía conocimiento de las condiciones especiales en que el demandante ejecutaba sus labores.

El testigo **Jhon Fredy Andrade Chala**, indicó ser "técnico profesional en sistemas"; que trabajó para la E.S.E Carmen Emilia Ospina desde el 2 de octubre de 2008 hasta el año 2016, en las áreas de almacén y contratación.

Explicó que conoció al demandante porque recibía las hojas de vida, las cuentas de cobro, entregaba y distribuía los insumos necesarios en las sedes de la E.S.E demandada, no obstante, su relación con él, en su calidad de médico de consulta externa, era solamente el saludo.

Afirma que las órdenes en la entidad demandada eran impartidas por el jefe de grupo la zona, pero que nunca vio las que le hubieren establecido al aquí demandante.

Frente a la periodicidad del pago señaló que era mensual luego que fuera pasada la cuenta de cobro con los soportes correspondientes, como la relación de horas trabajadas y el pago de la seguridad social.

Al preguntarle sobre las modificaciones al contrato que podía realizar el jefe de zona, contestó que éstas si se podían realizar dependiendo de la necesidad del servicio, en la medida que si un médico faltaba, el jefe de zona cubría sus actividades con un médico de planta u otro. Dijo tener conocimiento de esta circunstancia, a partir de las cuentas de cobro que recibía y en las que se corroboraba el número de horas que trabajaba el médico.

Por otro lado, el testigo **Raúl Pérez Salazar**, manifestó ser "Médico con Maestría en Administración de Servicio de Salud", que se desempeña como profesional Universitario y jefe de grupo de la E.S.E demandada en las zonas que por disposición de esa entidad sea designado, con funciones de coordinación de los servicios de salud, con aproximadamente 10 años de vinculación con esa entidad.

Indicó que pese a no tener certeza de las fechas de vinculación del aquí demandante, dijo conocerlo porque laboró mediante contrato de prestación de servicios como Médico de Consulta externa, servicio que se presta por disposición legal y en el que la atención de una consulta médica general no puede ser inferior a 20 minutos, por lo que se tiene establecido que la atención sea de tres consultas por hora.

En lo que atañe a la agenda médica explicó que ésta se realiza con el personal de facturación o de asignación de citas, conforme a la información que previamente brinda el galeno en relación al tiempo en el que brindará la atención médica, esto es, las horas en las cuales atenderá a los usuarios, los días en que puede ir o no, aclarando que las citas dependen, por una parte, de la

disponibilidad del médico, razón por la cual, desde su contratación, debe indicar su disponibilidad para laborar 4, 6 u 8 horas a la entidad; y por otra, del número de consultorios con los que cuenta la E.S.E y de la franja de tiempo establecido para la prestación del servicio que va de lunes a viernes de 6:00 a.m. a 06:00 p.m.

En cuanto a la relación entre el médico y el jefe de zona, señaló que el contacto físico con los médicos es escaso, y que tal relación solo puede presentarse por daños o necesidades de equipos, o en el caso de expedición de certificado de supervisión de las horas de prestación de las consultas médicas que ellos deban presentar. Añadió que el Jefe de zona no imparte órdenes, lo que se puede presentar es auditoría de calidad a partir de la historia clínica o quejas de los usuarios.

Afirmó que el jefe de zona tampoco fija el horario y que éste no se supervisa, mucho menos puede modificar las condiciones o actividades del contrato, en la medida que solo puede supervisar su cumplimiento, lo anterior, porque normalmente es el médico quien maneja su tiempo con el paciente según la agenda programada, es el profesional quien escoge el horario al cual se ajusta, y el servicio debe prestarse teniendo en cuenta el horario de atención de la entidad.

En relación a la remuneración del contrato, afirmó que al médico se le paga por el número de horas y no por productividad, pues las labores se ejercen únicamente en el horario que ha escogido y presentado el médico dentro de su propuesta para la prestación del servicio, y que cuando los médicos no pueden asistir, debe reponer el tiempo reasignándose la agenda, de lo contrario no se le reconoce el valor de las horas.

Agregó que al médico no se le exige portar uniforme de la E.S.E.; que no existe control de entrada y salida del personal contratado por prestación de servicios; y que en el evento que un médico no puede asistir a las consultas y lo hace saber, no se le asignan citas, o se cancelan las citas o se reasignan, igual si se demoran en llegar a las consultas.

En relación a la forma como se asignan las citas, indicó que en la actualidad ello se hace por teléfono, de acuerdo a la disponibilidad y preferencia del paciente frente al médico que quiere que lo atienda.

Al cuestionarle, cómo le asignaban los pacientes si no había control de entrada a los médicos, el testigo explicó que la agenda se diseña conforme a lo convenido y contratado con el médico, estableciéndose las citas de lunes a viernes, el paciente llega a la cita media hora antes y el médico los hace seguir según el turno. Si el médico no ha llegado, e informa que tiene un retraso, se le llama y se pregunta para informarle al paciente. En caso que el médico no asista se pasa el reporte del incumplimiento.

Expresó que el incumplimiento más que demostrar una falta de autonomía, es una falta de ética del médico al haber citado al paciente para una hora y que no lo atienda, y en todo caso, la entidad lo que puede hacer es reasignar la cita en caso que definitivamente no pueda atenderlos. Si el médico tenía una diligencia que hacer fuera del municipio, lo advertía a la entidad, manifestando que no podía asistir, no se abre la agenda o se le reprograman las citas de haber sido asignadas.

Al preguntarle si existe una diferencia entre las funciones de un médico de planta y un contratista de consulta externa, precisó que el acto de la consulta que realiza un médico y al usuario es la misma que puede realizar un médico de planta de la entidad como uno contratado por prestación de servicios, pero en el caso de la E.S.E Carmen Emilia Ospina, en razón al modelo de atención que brinda, que consiste en prestar los servicios de salud contratados con las E.P.S. del régimen subsidiado, y a una población convenida, que puede variar según el mercado, la contratación del personal de consulta externa se hace de acuerdo a las necesidades del servicio, de ahí que hayan médicos de planta que ejerzan labores administrativas y la entidad contrate la consulta externa.

Al interrogarle si las funciones ejercidas por el aquí demandante podían ser ejercidas por un médico de planta, señaló que ello dependía de la existencia del recurso.

En cuanto al fundamento de la E.S.E Carmen Emilia Ospina de contratar disponibilidad del médico para consultas no programadas, dijo que la disposición contractual es una estipulación abierta en razón a si algún paciente incumple la cita, y se le pregunta al médico si lo atiende en horario no programado, por lo que recae en él la decisión de aceptar si recibe la consulta o no.

3.3.5.- Caso concreto

El señor Luís Mauro Montealegre Hermosa pretende se declare la existencia de una relación laboral por los servicios prestados por él a la E.S.E Carmen Emilia Ospina como médico general, de manera continua e ininterrumpida, desde el 8 de agosto de 2005 al 31 de julio de 2016.

Conforme con la documentación obrante en el expediente encuentra la Sala que el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa prestó sus servicios como médico de la E.S.E Carmen Emilia Ospina, a través de los contratos de prestación de servicios relacionados en la tabla diseñada en acápite anterior.

Cotejados los extremos temporales de los contratos antes relacionados con la prueba testimonial, se puede afirmar a *prima facie* que la prestación del servicio por parte del señor Luis Mauro Montealegre Hermosa como médico de la E.S.E Carmen Emilia Ospina se cumplió, como primer elemento de la relación laboral, y que la misma fue objeto de remuneración; no obstante, pese a que el demandante se desempeñó en la aludida actividad vinculado a través de contratos de prestación de servicios, lo cierto es que en el presente caso no se encuentra acreditada la forma cómo se prestó el servicio y por lo tanto no se halla demostrada la subordinación como elemento indispensable para estructurar la relación laboral.

En efecto, en lo que atañe a **la prestación del servicio** encuentra la Sala que con los contratos de prestación de servicios aportados, se acredita que la E.S.E. Carmen Emilia Ospina contrató la prestación de servicios profesionales en medicina general para los servicios de consulta externa y urgencias en el periodo comprendido entre el 8 de agosto de 2005 y el 31 de julio de 2016.

De la prueba testimonial rendida por los señores Jhon Fredy Andrade Chala y Gilberto Gómez Cisneros, quienes indicaron prestaron sus servicios a la E.S.E Carmen Emilia Ospina, el primero en las áreas de almacén y contratación, y el segundo como auxiliar de contabilidad, se extrae que conocieron al señor Luis Mauro Montealegre Hermosa como médico general de consulta externa de esa entidad.

En igual sentido, la testigo Laura María Cruz Almario, quien laboró para la entidad demandada para el año 2012 como Técnica Auxiliar en Salud Oral, además de indicar que es la esposa del aquí demandante, manifestó que fueron compañeros de trabajo en la E.S.E Carmen Emilia Ospina, ella en el área de odontología y él en el área de medicina general.

A su turno el señor Raúl Pérez Salazar, quien dijo ser funcionario de la E.S.E Carmen Emilia Ospina como Jefe de zona, también manifestó conocer al aquí demandante como médico contratista de la entidad en el servicio de consulta externa.

De ahí que, como viene dicho, a partir de los documentos y testimonios mencionados, se encuentra demostrada la prestación del servicio como médico general por parte del señor Luis Mauro Montealegre Hermosa.

En cuanto a **la remuneración**, observa la Sala que los contratos suscritos por la E.S.E Carmen Emilia Ospina de Neiva, dan cuenta que el pago por los servicios profesionales de médico contratados se realizaría en forma mensual en razón del número de horas efectivamente laboradas.

Adicionalmente, los testigos Gilberto Gómez Cisneros y Jhon Fredy Andrade Chala manifestaron que en ejercicio de sus funciones como empleados de la E.S.E Carmen Emilia Ospina recibían las cuentas de cobro presentadas por el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa.

Si bien, no obran certificados de pagos o prueba de la que se pueda inferir la realización de los mismos ni las cuantías sufragadas por la E.S.E demandada en favor del actor, lo cierto es que el clausulado contractual y las aseveraciones de los testigos permiten evidenciar que efectivamente los servicios prestados por el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa fueron remunerados.

A partir de lo anterior, la Sala tiene por acreditada la remuneración como segundo presupuesto de la relación laboral, en la medida que las pruebas documentales y la testimonial, demuestran que los servicios prestados por el aquí demandante fueron remunerados conforme al valor de la hora establecida contractualmente por la E.S.E. Carmen Emilia Ospina, y en virtud las horas efectivamente laboradas.

Ahora bien, en lo que atañe a **la subordinación**, estima la Sala que en el presente caso, no obstante hallarse acreditada la prestación del servicio y la remuneración como ya se había esbozado, no se encuentra demostrada la forma cómo fueron ejercidas las labores por parte del señor Luis Mauro Montealegre Hermosa, esto es, el cumplimiento de horarios y de labores en igualdad de condiciones que los médicos generales de planta, si recibió y ejecutó órdenes por parte de la E.S.E. demandada, si se vio sometido a reglamentos o manual de funciones.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien el cumplimiento del horario no es un factor determinante de la subordinación, sí es un criterio que, valorado junto con los demás aspectos de relación laboral ya decantados, permite inferir si existió o no una relación de carácter laboral, pues constituye prueba de la habitualidad de la prestación del servicio.

Al respecto observa la Sala que el testigo Gilberto Gómez Cisneros dijo no conocer las condiciones especiales en las que el demandante ejercía sus actividades como médico; y el declarante Jhon Fredy Andrade Chala explicó que solo tenía conocimiento que el actor era médico de consulta externa y su trato con él se daba en el marco de sus funciones de recibir las hojas de vida y las cuentas de cobro, o cuando entregaba y distribuía los insumos necesarios en las sedes de la ESE.

Valga anotar que la testigo Laura María Cruz Almario, declaró que el demandante debía cumplir el horario establecido por el "jefe de zona", lo que haría inferir que se encuentra demostrada la habitualidad en la prestación del servicio; sin embargo, no señaló qué turnos cumplió el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa, además, en el proceso tampoco se acreditó que éste haya cumplido horario alguno, pues no se avizora un cuadro de turnos elaborado por el "jefe de zona" respecto del servicio prestado por el demandante en la E.S.E. o por los médicos de planta, en el lapso en el que el actor prestó sus servicios como médico general.

Además, el testigo Raúl Pérez Salazar, quien se desempeña como jefe de grupo de una de las zonas de la entidad accionada, con funciones de coordinación de los servicios de salud, fue enfático en señalar que no existía control de entrada y salida del personal contratado por prestación de servicios, y aclaró que las labores se prestan en el horario escogido y presentado por el contratista dentro de su propuesta para la prestación del servicio.

Precisó que al momento de la contratación es el médico quien informa su disponibilidad para realizar 4, 6 u 8 horas para trabajar con la entidad, dependiendo del número de consultorios con los que cuenta la E.S.E. y la franja de tiempo establecido para la prestación del servicio.

Adicionalmente, el testigo recalcó que al médico no se le pagaban los servicios por productividad sino por número de horas laboradas, precisando que el horario no era controlado, pues es el médico quien, además de escoger el horario al que mejor se ajuste y que se encuentre dentro del horario de

atención de la entidad, es quien regula su tiempo con el paciente según la agenda programada.

Al respecto, la Sala trae a colación la relación de productividad del Dr. Luis Mauro Montealegre Hermosa vista de folios 239 a 246, en las que se advierte que las anualidades 2005 a 2008; 2012 a 2015 y en el año 2016, el aquí demandante atendía pacientes unas veces 1 día a la semana, otras 2 o 3 días a la semana, máximo 3 veces al mes; y a diversas horas, en las mañanas o en las tardes, lo que evidencia que no tenía un horario habitual o regular para la prestación del servicio.

Así mismo, de la declaración del señor Jhon Fredy Andrade se establece que los servicios contratados por la E.S.E Carmen Emilia Ospina se remuneraban de manera mensual cuando se pasaba la cuenta de cobro con los soportes correspondientes como la relación de horas trabajadas y el pago de la seguridad social, es decir de acuerdo a las horas efectivamente prestadas por el galeno, luego, para la remuneración de los servicios el demandante debía acreditar el ejercicio de la labor conforme al cuadro de turnos asignados.

En esa medida, en lo que se refiere a los horarios de trabajo, encuentra la Sala que lo manifestado por el señor Jhon Fredy Andrade y el señor Raúl Perez Salazar guarda relación con lo establecido tanto en los contratos de prestación de servicios y la relación de productividad del señor Luis Mauro Montealegre Hermosa, pruebas de las cuales ha de entenderse que la liquidación de los pagos dependía del número de horas efectivamente laboradas por el galeno, quien era el encargado de fijar la disponibilidad de su tiempo para la prestación del servicio.

Por lo tanto, para considerar acreditada la habitualidad en la prestación de sus labores como médico general se requería que la parte actora acreditara en qué momento prestaba el servicio, cuáles eran los turnos asignados por la Entidad demandada y si estos eran iguales a los que cumplían los médicos de planta, sin que al expediente se allegara tal prueba, con lo que se demostraría ese presupuesto "temporal o de habitualidad" que enmarca la relación laboral.

De ahí que para la Sala no existe certeza de horarios concretos en los que el demandante ejercía su labor ni las horas que completó durante el desempeño de las labores como médico, pues, la sola afirmación de servicios prestados que no demuestra por si sola la forma cómo el demandante cumplió las funciones para las cuales fue contratado, para señalar que se configura el elemento de la subordinación, toda vez que, se reitera, no obra prueba de los turnos que prestó en su condición médico a favor de E.S.E Carmen Emilia Ospina.

Ahora, en cuanto a si el actor recibió y ejecutó órdenes por parte de la E.S.E. demandada, o se vio sometido a reglamentos o manual de funciones, señala la parte recurrente que el Jefe de la Zona impartía al actor las órdenes del trabajo que debía desempeñar sus labores y los horarios para atender al público, es decir era dependiente y sometido a la subordinación, elementos propios de la relación laboral y no de un contrato de prestación de servicios.

Sobre este punto, la testigo Laura María Cruz Almario afirmó que era, principalmente, el jefe de zona quien impartía las órdenes al demandante. Al respecto, en primer lugar, debe la Sala precisar que, tal y como lo señaló el A quo, a la testigo le asiste un interés en el proceso en la medida que lo que se debate son los derechos que en esta oportunidad reclama su cónyuge; sin embargo, ello no descalifica su testimonio, en la medida que este debe valorarse junto con los demás elementos probatorios.

Es así que en el ámbito de los procesos en los que se pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral no existe una tarifa probatoria legal; por lo que corresponde al juzgador, llegar a la convicción a través de la valoración de todos los medios probatorios allegados al proceso, y fundamentar la decisión en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica.

En esa medida, se observa que el declarante Jhon Fredy Andrade también afirmó que nunca observó que al aquí demandante le fueran impartidas las mencionadas órdenes. Por su parte, el señor Gilberto Gómez Cisneros no brindó información que permita concluir que el demandante estuvo sometido

a mandatos de la demandada, y el señor Raúl Pérez Salazar, afirmó que el jefe de zona no imparte órdenes.

En ese orden no se tiene a partir del dicho de la señora Laura María Cruz Almario el supuesto fáctico relacionado con que los jefes de zona impartían órdenes al señor Luis Mauro Montealegre Hermosa como prueba del elemento de la subordinación, pues además que el testigo Raúl Pérez Salazar (jefe de zona de la entidad demandada), fue enfático en señalar que dentro de sus funciones no estaba emitir directrices a los médicos contratistas, adicionalmente, no se allegaron pruebas que demuestren las instrucciones suministradas al demandante, ni las directrices respecto de la labor a desarrollar, mucho menos se probó la existencia de llamados de atención al actor o imposición por parte de la entidad demandada de órdenes no susceptibles de ser discutidas, por lo que no puede predicarse la configuración del presupuesto de la subordinación, necesario para la acreditación de la relación laboral.

Si bien la parte actora y recurrente asegura que durante el tiempo que el demandante prestó sus servicios en la E.S.E Carmen Emilia Ospina fue trasladado a otros centros de salud y zonas de atención, lo cual no se debió a su libre decisión, sino a la orden impartida desde la gerencia de la demandada de acuerdo a las necesidades del servicio, dentro del proceso no obra prueba que sustente su afirmación.

Ahora, en la alzada se arguye que la relación jurídica entre las partes no fue meramente temporal, teniendo en cuenta que el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa permaneció vinculado por más de 10 años, en los que ejerció las labores de la misión institucional de la entidad, pues ésta carecía de suficiente planta de personal.

Valga precisar que la sola permanencia de la relación contractual por un tiempo, en este caso, prolongado por 10 años, haría pensar que no se trata de una contratación extraordinaria o eventual; sin embargo, corresponde a quien solicita la existencia de una relación laboral acreditar que durante su vínculo

no existió autonomía e independencia técnica y profesional en la ejecución de sus labores y que éstas fueron ejercidas en igualdad de condiciones a los servidores de planta de la entidad.

Además, pese a que las actividades desarrolladas por el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa puedan ser de aquellas intrínsecas a la función del servicio de salud que recae sobre la E.S.E Carmen Emilia Ospina, ello no implica *per se* concluir la forma en que se prestó el servicio y menos la existencia de subordinación.

Por tal razón, a partir de la valoración de todas las pruebas obrantes en el proceso, tal y como lo señaló el A quo, no es posible determinar de forma fehaciente la presencia de todos los elementos de la relación laboral, pues solo demuestra la configuración del relacionado con la prestación personal del servicio y la remuneración, pero no del elemento de la subordinación, pues el proceso carece de probanzas que evidencien la forma cómo el señor Luis Mauro Montealegre Hermosa prestó el servicio a la E.S.E Carmen Emilia Ospina.

Por otra parte, la demandante y recurrente afirma que a partir del testimonio del señor Raúl Pérez Salazar se establece la existencia de este elemento de la relación laboral. Al respecto, no observa la Sala que de la declaración del testigo pueda desprenderse que entre el demandante y la E.S.E Carmen Emilia Ospina se presentara una relación laboral, pues el hecho que manifestara que si un médico incumplía la agenda, el supervisor le hacía una llamada telefónica, dicha circunstancia por sí sola no es indicativa de subordinación, pues el testigo fue enfático en señalar que ello obedecía al cumplimiento del objeto contractual, pues precisamente es el médico quien conviene los días y horas en que presta la atención médica a los pacientes.

Es así que, frente a esta circunstancia, la prueba documental allegada al proceso corrobora lo manifestado por el testigo, en la medida que la relación de consultas vista de folio 239 a 246 del expediente, en la que se vislumbran las realizadas por el actor para los años 2005 a 2008; 2012 a 2015 y en el año 2016, como se explicó en acápite anterior, demuestra que el aquí demandante

atendía pacientes unas veces 1 día a la semana, otras 2 o 3 días a la semana, máximo 3 veces al mes; y a diversas horas, en las mañanas o en las tardes, lo que, permite concluir que el demandante siempre actuó con autonomía en el desempeño de su actividad profesional, y en esa medida el dicho del testigo, en cuanto a que era el médico quien disponía los días y horas para la programación de las consultas otorga certeza frente a la ausencia del presupuesto de la subordinación en el presente caso.

En cuanto a que el testigo Raúl Pérez Salazar confesó que las actividades ejercidas por el actor podían ser desarrolladas por un médico de planta, ha de precisar la Sala que el testigo recalcó que ello es frente al acto de la consulta médica, esto es, la relación médico paciente, y en lo que atañe a la contratación para ese servicio de consulta externa, explicó que la entidad atiende la oferta y demanda derivada de los servicios contratados por la E.S.E Carmen Emilia Ospina con las E.P.S del régimen subsidiado, por lo tanto, el aumento o disminución de pacientes depende de lo convenido con dichas prestadoras de servicios, y en esa medida es la necesidad del servicio lo que implica la contratación de médicos que hagan la consulta externa, máxime si los médicos de planta ejercen actividades administrativas.

Observa la Sala que si bien la parte demandante en la oportunidad procesal respectiva consideró el testimonio del señor Raúl Pérez Salazar como parcializado, dado su vínculo con la entidad demandada, y luego, en la alzada, pretende que su testimonio sea valorado en su beneficio, lo cierto es que en el presente caso, al verificarse la totalidad de los medios de convicción allegados al proceso y al acompañarlos con la declaración del señor Raúl Pérez Salazar la Sala concluye que no se acreditó el presupuesto de la subordinación en el servicio que prestó el demandante a la ESE.

En consecuencia, no existe certeza que la labor de médico que fuera desempeñada por el actor se ejerciera en iguales condiciones a los empleados de planta de la E.S.E Carmen Emilia Ospina, esto es, con el cumplimiento de turnos fijados por el ente hospitalario y bajo subordinación del mismo, por lo

tanto, el problema jurídico se resolverá en el sentido de confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

IV. COSTAS

4.1.- Costas en primera instancia

En la sentencia de primera instancia, el *A quo* condenó a la parte demandante y vencida en el proceso, decisión que no fue apelada, en consecuencia, permanecerá incólume

4.2.- Costas en segunda instancia

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia, es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas²⁷ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto²⁸, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365²⁹ consagra los elementos que determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se

²⁷ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta. tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros: que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

²⁸ "ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil."

²⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda- Subsección B. sentencia del 27 de enero de 2017. Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14). C.P. Carmelo Perdomo Cuéter: Sección Cuarta. Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez. providencia del 21 de junio de 2018. radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta. Consejero Ponente: Milton Chaves García. sentencia de 21 de junio de 2018. radicación número: 19001-23-33-000-2013-00442-01(22017); Sección Segunda. Subsección A. Consejero Ponente: William Hernández Gómez. providencia de 5 de julio 2018. radicación Número: 11001-03-15-000-2018-01606-00(Ac): providencia del 27 de enero de 2017. proferida dentro del expediente con radicación número: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14); providencia del ocho (8) de febrero de dos mil dieciocho (2018). radicación: 25000234200020120074201 (3695-2016)

causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)" (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Precisado lo anterior, se advierte que en el presente caso, una vez examinado el expediente, que no observan elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones que hagan procedente a la imposición de costas en segunda instancia.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso fueron asumidos gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la

causación de agencias en derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión del Tribunal Administrativo del Huila, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 28 de marzo de 2019, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Neiva que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas en esta instancia.

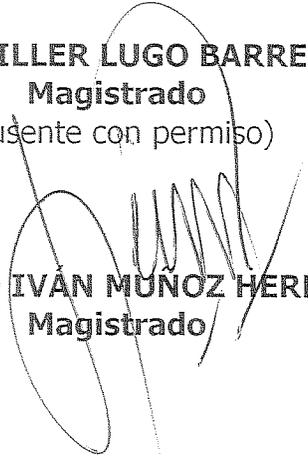
TERCERO.- Ejecutoriada esta sentencia, DEVOLVER el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones en el Sistema de Información de Procesos y Manejo Documental (Justicia XXI).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Quinta de Decisión en sesión de la fecha.


BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrada

JOSE MILLER LUGO BARRERO
Magistrado
(Ausente con permiso)


GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado