REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR

DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA

SALA SEGUNDA LABORAL

Magistrado Ponente:

CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO.

SEPTIEMBRE, VEINTISÉIS (26) DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022)

RAD: 47-189-31-05-001-2019-00241-01

DEMANDANTE: FABIOLA AMPARO MARRIAGA HERNÁNDEZ

DEMANDADO: E.S.E HOSPITAL ZONA BANANERA

Procede la SALA SEGUNDA LABORAL, del TRIBUNAL SUPERIOR DE SANTA MARTA, integrada por los magistrados CÉSAR RAFAEL MARCUCCÍ DÍAZ GRANADOS, ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO y CARLOS ALBERTO QUANT AREVALO, quien actúa como ponente, a dictar SENTENCIA ESCRITA de segunda instancia dentro del presente proceso, de la manera siguiente:

CONSIDERACIONES PREVIAS:

La Sala de Decisión de Tutelas, Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia, en providencia del 21 de junio de 2022, STP9948-2022, Tutela de 2ª instancia No. 124557, Revocó el fallo de tutela impugnado y, en su lugar, amparó el derecho fundamental al debido proceso de FABIOLA AMPARO MARRIAGA HERNÁNDEZ. En consecuencia, ordenó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta que, en el término de los veinte (20) días siguientes a la notificación de este fallo, deje sin efecto la sentencia emitida el 30 de septiembre de 2021, al interior del proceso con radicado No. 47189310500120190024101, y resuelva nuevamente el asunto, observando los argumentos expuestos en los precedentes jurisprudenciales citados en dicha providencia.

Este fallo de tutela tuvo como antecedentes:

1. FABIOLA AMPARO MARRIAGA HERNÁNDEZ presentó demanda ordinaria contra la E.S.E Hospital Zona Bananera para que, i) se declarara que fue contratada mediante un contrato de trabajo que se extendió entre el 2 de mayo del 2013 y el 29 de abril de 2019, cumpliendo funciones propias de un trabajador oficial a través de la prestación del servicio de aseo, y ii) se condenara a la entidad a pagarle a) las acreencias laborales a que tenía derecho en razón de esa relación laboral, b) la indemnización por despido sin justa causa, y c) la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales a la terminación del vínculo, de que trata el artículo 65 del CST.

2. El conocimiento del proceso correspondió al Juzgado Laboral del Circuito de Ciénega que, en sentencia del 27 de enero de 2021, accedió a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, condenó a la entidad demandada al pago de las prestaciones generadas durante la relación de trabajo y las indemnizaciones solicitadas.

3. En fallo del 30 de septiembre de 2021, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta revocó las condenas al pago de la indemnización por despido injusto y la moratoria del artículo 65 del CST, confirmando en lo demás la sentencia de primera instancia.

4. Sustentada en este marco, la accionante aseguró que, en la sentencia de segunda instancia, el Tribunal incurrió: i) en defectos de orden fáctico al negar la indemnización por despido injusto, y ii) desconoció el precedente establecido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto al reconocimiento a favor del trabajador de la indemnización moratoria por falta de pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, cuando el empleador no demuestra que actuó de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones.

5. La Sala de Casación Laboral negó el amparo constitucional invocado en la acción de tutela, al encontrar razonables los argumentos presentados por el Tribunal accionado para revocar las condenas indemnizatorias impuestas a favor de la accionante, lo cual, a su juicio, descartaban la vulneración de sus derechos fundamentales.

6. La accionante reitera que el Tribunal vulneró sus derechos fundamentales, por cuanto, i) incurrió en defectos fácticos porque en el proceso laboral "está demostrado que la terminación unilateral de la relación obedeció a la decisión de la ESE de no renovar los contratos de prestación de servicio y por lo tanto no se amparó en justa causa para tal fin", y ii) desconoció el precedente judicial en torno a la indemnización moratoria por no pago de las prestaciones sociales adeudadas.

7. Dentro de las consideraciones esenciales de dicho fallo, se concluyó que:

Despido injusto:

7.1. Del estudio de la sentencia censurada lo que se advierte es que el Tribunal accionado, desde los postulados que rigen su labor funcional, realizó una valoración probatoria en correspondencia con las reglas de la sana crítica, ejercicio en el que concluyó que las pruebas practicadas en la actuación no demostraban la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte de la entidad demandada, que diera lugar a confirmar la condena indemnizatoria por despido injusto, conforme a lo previsto en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST:

Con apoyo en lo señalado por la Sala de Casación Laboral en sentencias CSJ SL 11436-2016; SL194-2012; y SL3288-2021, encontró que: *"El razonamiento expuesto en el fallo censurado pone en evidencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Santa Marta desconoció el precedente judicial establecido por la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, según el cual, i) corresponde al empleador la carga de probar que su conducta omisiva en el cumplimiento del pago de salario y prestaciones sociales al terminar la relación laboral estuvo asistida de buena fe, o que existe alguna justificación atendible que demuestre las causas que le impidieron atender oportunamente sus obligaciones laborales, ii) sin que sea suficiente para exonerarse de la indemnización moratoria la prueba del vínculo mediante un contrato de prestación de servicio, o la afirmación de haber actuado bajo el convencimiento de hallarse en el marco de un vínculo de esa naturaleza.*
Además, tomó en cuenta una presunción de buena fe que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, no resulta aplicable al caso concreto. Incluso, desconoció que, en estos casos, la carga de la prueba está en cabeza del demandado y, por tanto, las consecuencias desfavorables de la falta de elementos de convicción en relación con ese tema le debían ser atribuidas al empleador…
Un estudio cuidadoso de la decisión judicial, permite evidenciar que no establecieron motivos válidos y objetivos que justificaran que el Hospital Local Zona Bananera ESE no reconociera el vínculo laboral y que se abstuviera del pago de las prestaciones derivadas del mismo, por lo que la sola manifestación de la existencia del contrato de prestación de servicios era insuficiente para determinar razones satisfactorias y justificativas de su conducta…"

El proceso fue pasado al despacho de este Magistrado para ponencia el 29 de agosto de 2022.

Establecido lo anterior, procede la sala a proferir la siguiente sentencia:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

La señora FABIOLA MARRIAGA HERNÁNDEZ demandó a la E.S.E Hospital Zona Bananera, para que se declare que existió una relación laboral, cuyos extremos temporales fueron entre el 02 de mayo del 2013 hasta el 29 de abril de 2019, se declare con base al principio de las labores desarrolladas son propias de un trabajador oficial, que en consecuencia se condene a la E.S.E HOSPITAL ZONA BANANERA a pagar lo correspondiente a auxilio de cesantía, primas de servicio, prima de navidad, prima de antigüedad, vacaciones, compensación en dinero por las dotaciones y vestuarios, prima vacacional de todo el tiempo servido, bonificación de recreación, intereses sobre cesantías, pensión sanción de jubilación, indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales, sanción por la consignación del auxilio de cesantías de los años en que se dio la prestación del servicio, pagos de aportes a salud y pensión durante el tiempo de duración de la relación contractual, devolución de los pagos realizados por concepto a salud, pensión y ARL efectuados por la demandante, pagos y recargos por trabajos en días domingos y festivos e indemnización por terminación unilateral de la relación laboral.

2. HECHOS RELEVANTES

Manifestó como sustento de sus pretensiones:

1. Que prestó sus servicios en la E.S.E Hospital Zona Bananera, durante el lapso comprendido entre el dos (2) de mayo de 2013 al veintinueve (29) de abril de 2019, tiempo en el cual se desempeñó como ASEADORA como consta en los certificados anexados, que prestó sus servicios de forma personal y directa y con herramientas de propiedad del ente municipal.

2. Que las labores que desempeñó fueron propias de un trabajador oficial, por lo que en aras del principio de primacía de la realidad sobre las formas afirmó que existió un contrato de trabajo.

3. Que su vinculación a la E.S.E Hospital Zona Bananera, se originó y mantuvo, mediante la celebración de contratos de prestación de servicios y/o órdenes de trabajo que se fueron sucediendo uno a otro ininterrumpidamente como consta en certificados anexos.

4. Que a pesar de que en los mencionados documentos se expresa que se trata de órdenes de servicios personales, en realidad lo que se dio fue un autentica y típica relación de trabajo, en la cual desarrolló labores de aseadora (labor propia de un trabajador oficial), dentro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le fueron impuestas por parte de la E.S.E

Hospital Zona Bananera, muestra clara de la subordinación, por lo tanto dichos contratos y ordenes tuvieron como finalidad esconder una verdadera relación laboral.

5. Que durante el tiempo servido siempre tuvo a su cargo funciones permanentes, realizando labores bajo continuada subordinación y dependencia, cumpliendo órdenes y el horario de trabajo impuesto con turnos hasta de 24 horas, además cumplía sus servicios en las instalaciones de la E.S.E y con herramientas de propiedad del ente municipal y que durante la prestación de sus servicios fue remunerada mensualmente con la suma ochocientos mil ($800.000) como consta en la certificación anexada.

6. Que nunca le fueron reconocidas las prestaciones sociales a las que tenía derecho y nunca se le afilió a la seguridad social.

7. Que la reclamación administrativa se presentó el 08 de julio de 2019 ante la E.S.E Hospital Zona bananera como consta en el acta de entrega, estando agotada, con la decisión tomada por la demandada con la que manifestó que no accedió al reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas.

3. ACTUACIÓN

La demanda fue presentada en la Secretaria de Apoyo Judicial de Ciénaga, Magdalena el 11 de octubre de 2019 y admitida por el Juzgado Laboral del Circuito de Ciénaga, Magdalena mediante auto del 19 de noviembre de 2019.

La E.S.E HOPITAL ZONA BANANERA, al contestar la demanda se opuso a todas y cada una de las pretensiones, y manifestó atenerse a lo probado dentro del proceso, y que nunca ha tenido una relación laboral con la demandante, debido a que su vinculación a la entidad fue a través de contrato de prestación de servicio, la actora actuó sin subordinación sin estar sujeta horario alguno. Que lo dicho por la actora no encuentra respaldo en la realidad de los hechos.

Propuso la excepción de mérito de cobro de lo no debido.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Juzgado Único Laboral del Circuito de Ciénaga, profirió sentencia el 27 de enero de 2021, mediante la cual declaró no probada la excepción de cobro de lo no debido y en su lugar declaró que entre la demandante y la E.S.E Hospital Local Zona Bananera existió un contrato de trabajo ostentando la calidad de trabajadora oficial en el cargo de aseadora, desde el 02 de mayo de 2013 hasta el 29 de abril de 2019, como consecuencia condenó a la demandada al pago de cesantías, prima de navidad, vacaciones, indemnización por despido injusto, auxilio de transporte, indemnización

moratoria, condenó a la demandada a pagar al fondo de pensiones elegidos por la demandante el cálculo actuarial realizado por la respectiva entidad de seguridad social por el periodo comprendido entre el 02 de mayo de 2013 al 29 de abril de 2019, absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y por último condenó en costas a la demandada y a agencias en derecho por el 10% de las condenas.

Para arribar esta conclusión, el A-quo indicó que con las pruebas aportadas al proceso se logró acreditar la verdadera existencia de la relación laboral y la calidad de trabajadora oficial de la demandante en la E.S.E, razón por la cual hay lugar al pago de las acreencias laborales.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación.

Al sustentarlo, básicamente señaló que no comparte las condenas impuestas por el A-quo, toda vez que se considera que los medios utilizados para probar todas esas pretensiones no ofrecen el suficiente convencimiento que pueda llegar a demostrar que existió una verdadera relación laboral y que la E.S.E no trató de disfrazar un contrato de prestación de servicios.

Señaló que no que no se probó de ninguna forma la subordinación, ni la dependencia que debió haberse demostrado, a través de documentos, declaraciones, que llevaran al pleno convencimiento de que se estuvo ante la subordinación del ente contratante. Que no existe evidencia de que realmente hubo un despido injusto, además de que las actividades que se realizaron no eran parte de la misional de la entidad contratante,

También manifestó que la declaración de la existencia de un contrato realidad en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas no conlleva inexorablemente a la imposición de la sanción moratoria impuesta por el A-quo, ya que no se puede proferir que se actuó de mala fe de parte de la E.S.E Hospital local Zona Bananera empleador demandado, y que no se dio la exhaustiva valoración probatoria para determinar que esto hubiese sido de esa forma, ya que eso debe nacer del pleno convencimiento de que las pruebas demuestren que hubo mala intención, que hubo mala fe y esto no se probó en el expediente, por ende señaló no se requiere, ni se debe decretar la sanción moratoria, ya que aquí no se probó que la sanción que se dio en este vínculo contractual se hiciera con la intención de afectar al trabajador, además de ello se constató que en materia de salud es válido la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales así no se trate actividades que requieran un conocimiento especializado.

Además, reiteró que las pruebas documentales aportadas por el demandante son motivo de duda, porque no son coincidentes con lo certificado en el tiempo laboral, por eso no se puede proferir sobre ellas que exista la calidad de que permita establecer que la relación permaneció en las fechas estipuladas por la parte demandante, manifestó que no existe un llamado de atención, no hubo horarios escritos, ni una coordinación diaria de la entidad para con el actor y por el contrario se demostró en todo este expediente y en las audiencias celebradas que se estuvo en presencia del contrato que establece el art. 32 de la ley 80 de 1993, por tales razones solicitó se revoque la Sentencia de primera instancia.

II. PROBLEMA JURÍDICO

Debe la Sala dilucidar si entre las partes existió un contrato de trabajo como dice la demandante, bajo el principio de la primacía de la realidad, si es procedente la indemnización por despido sin justa del empleador y si es procedente la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales.

III. CONSIDERACIONES

Alega la demandante que mantuvo una relación laboral con la ESE Hospital Local Zona Bananera, señala que sostuvo una relación laboral que pactó mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios personales, que el cargo desempeñado era de aseadora por lo que era trabajadora oficial.

1.-) Determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales, es cuestión que solamente puede hacer la ley, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución, tal como lo manifestó la Honorable Corte Constitucional en la sentencia C-432 de 1995.

En el presente caso la entidad frente a la cual se alega la existencia del contrato de trabajo es una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.

La Ley 100 de 1993 al referirse al régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado en el numeral 5 del artículo 195 estableció que: "***Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y de trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990".***

La ley 10 de 1990, dentro de ese capítulo IV consagró ***en el parágrafo del artículo 26***, quienes tenían la calidad de ***TRABAJADORES OFICIALES***, al consagrar lo siguiente:

"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones"[1].

Sobre el punto la Honorable CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL, **en sentencia de fecha 29 de junio del 2011,** con ponencia del Dr. **Gustavo José Gnecco Mendoza,** proferida dentro del radicado número 36668**,** precisó:

(…)

*Por **servicios generales** ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes*, aseo en general *y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa".*

*Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su posición sobre el entendimiento de actividades de servicios generales. Así, **en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22324**, adoctrinó:*

> *"…los **'servicios generales'** dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las **funciones de aseo,** vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran".*

Las anteriores consideraciones fueron reiteradas en sentencia reciente de la Corte Suprema Sala Laboral SL 18413 de 2017.

---

[1] La Honorable Corte Constitucional en la sentencia **C-432 De 1995,** al efectuar el examen constitucional del artículo 26 numeral 2o. de la Ley 10 de 1990, precisó: *"De esta manera se tiene que a la luz de las citadas normas, **son trabajadores oficiales del sector salud quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales**, dentro de la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, delegándose en los establecimientos públicos de cualquier nivel, la facultad de precisar en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo".*
(…)

"*De conformidad con el artículo 125 de la Carta Política, **solamente la ley puede determinar qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo y por consiguiente, quienes pueden tener la calidad de empleados públicos o de trabajadores oficiales** en los establecimientos públicos, sin que dicha facultad pueda ser delegada a estos, en sus respectivos estatutos".*

De modo que, cuando se preste personalmente un servicio remunerado en el cargo de aseadora en una EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, si hay subordinación, estaremos indudablemente en presencia de un trabajador oficial, y por tanto el vínculo jurídico que rige esa prestación es el de un contrato de trabajo.

El artículo 1 de la Ley 6 de 1945, establece que: "*Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio".*

El artículo **20 del Decreto 2127 de 1945** consagra una presunción en favor de quien presta personalmente el servicio, en el entendido de que la misma estuvo regida por un contrato de trabajo, lo que quiere decir que el trabajador queda relevado de probar la subordinación, trasladándose la carga de la prueba de este elemento al empleador , quien debe desvirtuarlo.

Así lo ha establecido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de fecha 17 de abril del 2013, con ponencia del Dr. **Carlos Ernesto Molina Monsalve, con radicado 39259**, en la que básicamente enseñó que:

> … ***para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador*** *a favor de la parte demandada.*
>
> ***(…)***
>
> *Y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, no es necesario su acreditación {con la producción de la prueba apta}, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, pues en tal caso lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el Art. 24 del CST (…)*
>
> *"Lo anterior significa, que al actor le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario".*

Siguiendo las orientaciones esbozadas por la Sala de Casación laboral, resulta claro que al trabajador le basta con probar la prestación o la actividad personal para que se presuma el contrato de trabajo y es a la empleadora a quien corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

En tal sentido no asiste razón al apelante cuando indica a que la actora no logró probar en ningún momento su vínculo de dependencia o

subordinación, pues esa era carga procesal de la entidad demandada de acuerdo con lo decantado por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

2.-) Ahora en el caso concreto, entre las pruebas allegadas, tenemos:

Que al plenario fueron allegadas certificaciones expedidas por el Jefe de Recursos Humanos de la E.S.E Hospital Local Zona Bananera Edward Acevedo Colon del 24 de julio y 11 de septiembre de 2019 *(FL 18 al 19 demanda)*, mediante las cuales se certifica que la demandante prestó sus servicios como Aseadora desde el 2 de mayo del año 2013 hasta el 29 de abril de 2019, y que el objeto contractual fue realizar las actividades de orden y limpieza de los puestos de salud.

El mismo 11 de septiembre de 2019, el Jefe de Recursos Humanos de la ESE demandada, expidió certificado (Fl.20-22 demanda), a través del cual registra algunos de los diferentes contratos de prestación de servicio que suscribió con la demandante, relacionados a continuación:

N° DE CONTRATO	**FECHA DE INICIO**	**FECHA DE TERMINACIÓN**
076	04/01/2016	31/01/2016
075	01/02/2016	30/04/2016
089	02/05/2016	30/06/2016
016	01/07/2016	31/08/2016
024	01/09/2016	31/10/2016
022	1/11/2016	31/12/2016
021	16/01/2017	31/03/2017
021	03/04/2017	30/06/2017
015	04/07/2017	31/08/2017
015	01/09/2017	31/10/2017
015	01/11/2017	30/11/2017
015	01/12/2017	29/12/2017
017	15/01/2018	29/06/2018
012	03/07/2018	31/07/2018
013	01/08/2018	28/09/2018
013	01/10/2018	31/10/2018

013	01/11/2018	31/12/2018
014	02/01/2019	31/03/2019
014	01/04/2019	30/04/2019

Respecto al valor probatorio de las certificaciones laborales expedidas por el empleador, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en sentencia **radicada proferida dentro del radicado 38666 que fue reiterada en la sentencia de data 2 de agosto del 2017** por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral radicado **No. 52599** magistrado PONENTE DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ precisó que:

> *"El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y de razón documental de la existencia de aspectos tan importante que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas.*
>
> *Por esta razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral".*

De conformidad con referida jurisprudencia, se tiene que el contenido de dichas certificaciones, deben entenderse como veraz, y por lo tanto ha de tenerse por acreditada la prestación personal del servicio por parte de la demandante como ASEADORA.

Esa actividad de aseo, en tratándose de una ESE, encuadra dentro de las actividades de servicios generales tal como lo precisó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema **en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22324**, prácticamente ratificada **en sentencia de fecha 29 de junio del 2011,** con ponencia del Dr. **Gustavo José Gnecco Mendoza.**

De modo que de acuerdo con los anteriores elementos de juicio se puede concluir que la señora FABIOLA AMPARO MARRIGA prestó sus servicios personales en favor de la demandada, en actividades susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales como lo son las labores de aseo,

y por ende ha de presumirse que esa relación estuvo regida por un contrato de trabajo. Y en cuanto a los extremos de la misma certificación se extrae que la relación inició el 2 de mayo de 2013 y terminó el 29 de abril de 2019.

3.-) Frente a esa presunción correspondía a la parte demandada desvirtuarla, demostrando que la demandante desempeñó sus labores con independencia y autonomía.

Al respecto, cabe destacar que se practicó el interrogatorio de parte de la demandante **FABIOLA AMPARO MARRIAGA**, quien al ser interrogada manifestó que: realizó oficios varios por medio de contratos desde el 02 de mayo del año 2013 hasta el 30 de abril del año 2019, que recibía como honorarios la suma de $800.000 como pago por los servicios, que el trabajo se lo supervisaba la enfermera jefe la señora Zulay Rueda, en la sede Orihueca Zona Bananera en el centro de salud, dice que prácticamente la echaron y no tuvo más acceso al trabajo y había finalizado el último contrato, que el Señor Edward Acevedo hacía reuniones con ellos y hacía las rondas en la sede principal, para ser vinculada fue porque se enteró que estaban solicitando hojas de vida y se la entregó al Jefe Edward; que para cobrar hacía cuentas de cobro; al responder sobre lo qué hacía indicó que hacía labores de limpieza, arreglaba las camas, tareas varias, que tenía que asear consultorios, lavar los baños, asear el patio, afuera en la calle; finalmente manifestó que el jefe Edward le mandó un mensajero que le comunicó que ya no trabajaría más el día 30 de abril que terminó su contrato.

Frente a ese interrogatorio de parte, es del caso subrayar que la misma esencialmente tiene relevancia probatoria en la medida que el declarante admita hechos que beneficien a la contraparte o que perjudiquen a la parte que hace la declaración, vale decir, cuando contenga una confesión, pues las afirmaciones que haga a su favor el declarante deben estar demostrados con otros medios probatorios de los permitidos por la ley, pues puede fabricar su propia prueba.

Examinado lo manifestado en el interrogatorio de parte por la demandante si bien ante la pregunta de qué actividad realizaba en la ESE y a través de qué tipo de contratación manifestó que por contrato; y si bien ante la pregunta de que explicara como hacía para cobrar los honorarios por servicios prestados manifestó que pasaba cuenta de cobros, esos son aspectos referidos a las *formas* establecidas por las partes en el contrato, al denominarlo como de prestación de servicios, que generarían honorarios, y que los cobraría por cuenta de cobro, pero que en la realidad no descartan las prestación personal de servicio, ni demuestran que en el plano material esa prestación del servicio se haya dado con autonomía, máxime cuando,

por una parte, la declarante manifestó haber prestado los servicios personales, lo que aparece corroborado con las pruebas documentales y con aceptación de la misma demandada en la contestación del hecho dos, y cuando por otra parte, no admitió que hubiera prestado los servicios personales con independencia, por el contrario aseguró que recibía órdenes del jefe inmediato del hospital, por ende, no puede considerarse que confesó la inexistencia de una relación laboral.

De otro lado, no se ha advertido que la parte demandada hubiese allegado otra prueba que demuestre la independencia y la autonomía de la demandante en el desempeño de sus labores, por lo que en tales condiciones se imponía la declaratoria de la existencia de la relación laboral.

4.-) Otro punto de inconformidad de la demandada en su apelación, es que las pruebas aportadas no son coincidentes con la duración de la relación laboral estipulada por la demandante, lo que desvirtúa además la temporalidad.

Al respecto se anota que tampoco le asiste razón respecto a tales aseveraciones, puesto que como se ha citado en incisos anteriores de esta providencia, de las certificaciones expedidas por el jefe de recursos humanos de la ESE demandada, particularmente la certificación del 24 de julio de 2019 (Fl.18 demanda), se constata su vinculación desde el 02 de mayo de 2013 hasta el 29 de abril de 2019. Allí se expresa lo siguiente:

El suscrito jefe de recursos humanos de la E.S.E Hospital Local Zona Bananera, en atención a la solicitud presentada por ustedes a esta entidad hospitalaria el día 08 de Julio de 2019, CERTIFICA:

1. *Que la señora, FABIOLA AMPARO MARRIAGA HERNÁNDEZ, identificada con la cedula de ciudadanía N° 40.921.267, de Riohacha, la Guajira, estuvo vinculada, en la E.S.E Hospital Local Zona Bananera, bajo orden de prestación de servicios, como ASEADORA, desde dos (2) de mayo de 2013 hasta el veintinueve (29) de abril de 2019, con una asignación mensual de ochocientos mil pesos ($800.000)*

Además, que los extremos de la relación laboral entre las partes, fue hecho aceptado por la entidad demandada en la contestación del hecho 1º.

5.-) También manifiesta el apoderado de la demandada que no existe una prueba, excepto de lo dicho por la misma demandante, que llegue a concluir que existió un despido injusto.

Conviene recordar que cuando se trata de indemnización por despido injusto, al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justeza de este.

En este asunto, después analizado en conjunto el material probatorio practicado en el proceso, advierte esta Sala que no existe prueba que el contrato de trabajo declarado a favor de la señora Fabiola Marriaga Hernández, hubiese terminado por decisión unilateral del empleador.

Por consiguiente, como quiera que no se encuentra probado que la terminación del nexo laboral entre las partes obedeció a una decisión unilateral del empleador sin justa causa, se procederá modificar el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, y en su lugar se absolverá a la entidad demandada ESE Hospital Local Zona Bananera, de la pretensión de pago de indemnización por despido sin justa causa.

6.-) Finalmente alegó la parte apelante que la declaración de existencia del contrato realidad en aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no conlleva inexorablemente a la imposición de una sanción moratoria, ya que no se puede inferir de ninguna forma la mala fe del empleador.

Al respecto, entre los precedentes jurisprudenciales citados por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el fallo de tutela, trazados como parámetro o directrices en este punto, se tiene:

a.) Sobre la Procedencia de la indemnización moratoria:

Sobre la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias CSJ SL3936-2018, SL572-2021, SL5288-2021, entre otras, ha señalado que la misma es una sanción que se impone en contra del empleador que se sustrae, sin justificación atendible, al pago de los salarios y prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador a la terminación del contrato de trabajo y, por ello, el empleador, en su condición de deudor moroso, es quien corre con la carga de demostrar que su comportamiento se ajustó a los postulados de la buena fe, con el propósito de exonerarse de dicha sanción.

> *En lo atinente a la carga de la prueba en asuntos relativos a la indemnización moratoria, en la sentencia CSJ SL3288-2021, que reiteró la sentencia CSJ SL199-2021, se expuso:*
>
> *"(…) cumple acotar que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta, como lo asentara recientemente esta Sala de la Corte en la sentencia SL199-2021:*
>
> *[…] cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus*

decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

También señaló que la carga de la prueba está en cabeza del demandado en razón al *"… inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe" (CSJ SL, 21 sept. 2010, rad. 32416, reiterada en la CSJ SL194-2019).*

De conformidad con lo anterior, es claro que la indemnización moratoria no es de aplicación automática; que ella tendría lugar ante una conducta del empleador desprovista de buena fe y que ello debe evaluarse en cada caso; vale decir, si en el caso específico no se han tenido motivaciones consistentes y razonables en la falta de cancelación de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del trabajador, al tiempo de la terminación del vínculo laboral.

Además, sí, el empleador incumple sus obligaciones en el pago de los salarios y las prestaciones sociales debidos al tiempo de la terminación del contrato, tiene el deber de probar que su comportamiento obedeció a razones que sean atendibles para justificar el incumplimiento para exonerarse de la sanción, si no cumple con esa carga probatoria queda ubicado en el terreno de la mala fe y por ende debe correr con la indemnización moratoria.

Dicho de otro modo, el empleador que pretenda que el juez lo exonere de tales sanciones deberá demostrar que su omisión se sustentaba en razones atendibles. Por eso, en los casos en que ha habido discusión del contrato de trabajo con argumentos atendibles, ha sido causal de exoneración de esta indemnización, igualmente en caso de no discusión del contrato de trabajo, si el empleador alega y demuestra circunstancias que permitan concluir la buena fe para el retardo en el cumplimiento de las obligaciones también conlleva a dicha exoneración.

b.) También se refirió a la procedencia de la indemnización moratoria cuando existe controversia en la declaración del contrato de trabajo, así:

En procesos cuya controversia sea la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo al cual se le dio apariencia de uno de prestación de

servicios, la Sala especializada, en torno a la indemnización moratoria, ha consolidado el criterio jurisprudencial según el cual, la prueba del contrato de prestación de servicios mediante el cual el empleador vinculó al trabajador afectado no demuestra, por sí mismo, un proceder de buena fe (CSJ SL11436-2016, SL18619-2016, SL194-2019, CSJ SL825-2020, CSJ SL4344-2020, CSJ SL4815-2020 y CSJ SL3142-2021, entre otras.

En la sentencia SL11436-2016, se expuso que:

"Reitérese que los contratos de prestación de servicios aportados y la certificación [del empleador] sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que no acreditan más que una indebida actitud del [empleador] carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios (…), con desconocimiento constante del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con la demandante un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.

De ahí que, mirando en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de seis (6) contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la de la citada accionante, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor de la trabajadora, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora, máxime que tales contratos fueron para cubrir funciones que de manera permanente requiere la entidad para cumplir con su objeto social, lo cual ratifica su intencionalidad de utilizar una vinculación temporal para cubrir un cargo permanente.

Luego, palmario es para la Corte, que no obran elementos de juicio que permitan inferir que el Instituto de Seguros Sociales, en el caso específico de la señora Vargas Montenegro, actuó según los lineamientos de la buena fe".

En la sentencia CSJ SL194-2019, se precisó que a fin de que el empleador se exima de la sanción moratoria, ***"no es suficiente aducir que se actuó bajo el convencimiento de hallarse en el marco de un contrato de prestación de servicios porque así se estipuló, sino que deben corroborarse las condiciones que llevaron a estructurar esa creencia razonable".*** *(Negrilla fuera del texto)*

En línea con este criterio jurisprudencial, en la sentencia SL3288-2021, se insistió en que: "(…) la sola presencia de un supuesto contrato de prestación de servicios, sin que concurran otras razones atendibles que justifiquen la conducta de la empleadora, para haberse sustraído del pago de las prestaciones adeudadas y no canceladas en tiempo, respecto de la trabajadora subordinada, no es suficiente para tener por demostrada la convicción de que la entidad actuó bajo los postulados de la buena fe".

En igual sentido indicó que, *"la sola manifestación de la existencia del contrato de prestación de servicios era insuficiente para determinar razones satisfactorias y justificativas de su conducta, en razón a que lo requerido es el "convencimiento pleno de la sociedad demandada de que el contrato que la ligó con la actora fue de carácter civil, pues el ejercicio de su parte de actos de subordinación contradicen la supuesta convicción de hallarse vinculada con la demandante mediante una relación civil." (CSJ SL587-2013)."*

Al respecto, encuentra la Sala que la Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Laboral, en Sentencia del 29 de junio de 2016 radicación No. 45.536 al respecto señaló:

"Al estudiar la Corte el acervo probatorio, no encuentra razón alguna atendible por parte del Instituto de Seguros Sociales para abstenerse de reconocerle y pagarle a la actora los salarios y prestaciones sociales al fenecimiento de la relación laboral.

Reitérese que los contratos de prestación de servicios aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento constante del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con la demandante un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.

De ahí que, mirando en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de seis (6) contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la de la citada accionante, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor de la trabajadora, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora, máxime que tales contratos fueron para cubrir funciones que de manera permanente requiere la entidad para cumplir con su objeto social, lo cual ratifica su intencionalidad de utilizar una vinculación temporal para cubrir un cargo permanente.

Luego, palmario es para la Corte, que no obran elementos de juicio que permitan inferir que el Instituto de Seguros Sociales, en el caso específico de la señora Vargas Montenegro, actuó según los lineamientos de la buena fe.

Por lo dicho, la decisión del Tribunal en lo que respecta a la demandante MATILDE VARGAS MONTENEGRO, sobre la condena de indemnización moratorios e mantiene incólume.

Del mismo modo en la Sentencia SL194-2019 con radicado No. 71154, reiterada en Sentencia SL1927-2019 con radicado No. 60257, Magistrado Ponente Ernesto Forero Vargas, se indicó que:

"Tampoco se estima coherente que el Tribunal tuviera como probada la buena fe únicamente con las constancias presentes en los contratos de prestación de servicio, ya que la estipulación contractual no es prueba idónea del animus patronal, por lo que es menester acreditar las razones que condujeron a optar por la modalidad contractual y que justifiquen la conducta de la demandada, para sustraerse del reconocimiento de derechos laborales respecto de quien fue su trabajador subordinado. Entonces, no es suficiente aducir que se actuó bajo el convencimiento de hallarse en el marco de un contrato de prestación de servicios porque así se estipuló, sino que deben corroborarse las condiciones que llevaron a estructurar esa creencia razonable.

En consecuencia, no era viable inferir la buena fe solo con los contratos suscritos entre el demandante y el ISS, sin miramientos acerca de las razones que motivaron su suscripción y las circunstancias en las que se ejecutó el contrato, máxime cuando la prueba documental da cuenta de que las funciones se desempeñaron con vocación de permanencia, entre el 1.° de agosto de 2006 hasta el 31 de marzo de 2013; que las actividades asignadas al contratista eran connaturales a la actividad misional del ISS y fueron ejercidas bajo su continua subordinación y dependencia".

Y en la Sentencia SL 2423 de 2019, con radicación No. 72139, Magistrado Ponente Jorge Prada Sánchez, señaló que:

(…)

No obstante, cumple recordar que la simple creencia de obrar bajo un contrato diferente al laboral, no es suficiente para exonerarse de la referida sanción, pues, en cualquier caso:

[…] se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada, lo cual depende igualmente de la prueba arrimada y no del simple comentario o afirmación de haberse regido el nexo por un contrato de prestación de servicios, para

el caso de aquellos especiales a que alude el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, o de la existencia de la prueba formal de dichos convenios. (CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186)

(…)
Las premisas fácticas acogidas en el fallo gravado y que no se controvierten –dada la vía escogida-, permiten entrever que en lugar de los contratos de prestación de servicios, aducidos desde la contestación de la demanda y sobre los cuales se insiste en sede extraordinaria, lo que realmente existió fue una relación de trabajo subordinada, que la accionada no logró desvirtuar y que dio lugar a la acusación de acreencias laborales insolutas; a partir de tales inferencias, lo que se observa es que la demandada no demostró haber actuado bajo los lineamientos de la buena fe, sino que acudió a contratos de prestación de servicios apenas en apariencia sujetos a la Ley 80 de 1993, con pleno desconocimiento de la real existencia de actos de subordinación laboral, a la postre develados en el proceso.

Conforme lo anterior los contratos de prestación de servicios aportados y las certificaciones sobre los mimos no pueden tenerse como prueba de un proceder de buena fe, ya que la estipulación contractual no es prueba idónea del animus patronal, por lo que es menester acreditar entre las razones que condujeron a optar por la modalidad contractual, las circunstancias en las que se ejecutó el contrato, especialmente si las labores se desempeñaron o no con vocación de permanencia, y si las mismas eran o no connaturales a la actividad misional de la ESE y fueron ejercidas o no bajo su continua subordinación y dependencia.

De modo que la simple creencia de obrar bajo un contrato diferente al laboral, no es suficiente para exonerarse de la referida sanción, pues, la sola contratación bajo la modalidad de prestación de servicios no puede tenerse como demostrativa de un proceder de buena fe, cuando los mismos no estaban realmente sujetos a la Ley 80 de 1993, porque al acudirse reiteradamente a ellos[2], en el fondo, lo que se hizo fue realizar una práctica indebida al desconocerse el predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral.

Pues bien, la justificación esgrimida por la demandada a juicio de la Sala no resulta de recibo, pues si bien la demandante fue vinculado mediante contrato de prestación de servicios, también es lo cierto que laboró en la entidad desde el dos (2) de mayo de 2013 hasta el veintinueve (29) de abril de 2019, es decir por más de 6 años, el cargo de ASEADORA, respecto de cuyas funciones no se demostró que las ejercía con autonomía e independencia, y que además eran funciones que implicaban la prestaba

[2] –Certificación de Contratos de prestación de servicios Fl. 18-20.

un servicio directo a la demandada en funciones que no precisaban de la vinculación de profesionales liberales, que estaban relacionadas con el hacer posible el desarrollo de su actividad principal de la misma, y que por la misma naturaleza de la función de aseo de la planta física de los hospitales y centro de salud tuvo vocación de permanencia.

Efectivamente, si bien es cierto que las ESE tienen como objetivo primordial el de prestar los servicios de salud a sus usuarios, también lo es que no todas las actividades laborales que se desarrollan materialmente en su interior son del orden profesional –(vale decir, en el área médica, clínica, asistencial, farmacéutica, quirúrgica; o en relación con el uso, aseo y conservación de instrumentos, equipos y elementos muebles utilizados en el tratamiento y prevención de enfermedades)- pues hay otras actividades a su cargo, que tienen que ver con la parte operativa como lo son las de: uso, aseo, conservación y mantenimiento de todos aquellos elementos tanto muebles (como: instrumentos, equipos, camillas, ropas, sábanas, etc.) como inmuebles (instalaciones locativas u hospitalarias) que aun cuando son muy diferentes a las antes mencionadas, son indispensables para que aquellas puedan desarrollarse.

De modo que, no por el hecho de ser diferentes a las labores relacionadas con su objetivo principal, dejan de ser parte integrante del engranaje de las actividades que deben desarrollar ese tipo de entidades para poder prestar la asistencia al usuario del servicio de salud.

Por eso precisamente es que la ley 10 de 1990 en su artículo 26 al referirse a las personas que pueden prestar servicios en una ESE no solo hizo alusión a los que tienen funciones de Dirección, formulación y adopción de políticas, planes y programas y asesoría, y sino a quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales.

De manera que, si bien la actividad de aseo no puede catalogarse en relación con el usuario del servicio de salud como una actividad orientada directamente a diagnosticar, prevenir, tratar y curar una enfermedad, no por ello puede decirse que la prestación de servicio de aseo sea ajena al engranaje de las actividades a cargo de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, que hacen posible que esta cumpla con su objetivo.

Es entonces una actividad que está a su cargo y de la cual se beneficia directamente. La aseadora o aseador presta un servicio indirecto al usuario del servicio de salud, pero presta un servicio directo a la ESE en lo que tiene que ver con el hacer posible el desarrollo de su actividad principal, y que en este caso la actora, las desarrollaba cumpliendo un horario bajo las órdenes de un jefe el señor Eduar Acevedo Colon y una jefe la señora Zulay Rueda.

Se puede concluir entonces que la demandante desarrolló un contrato de

trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole; es decir, se ocultó la verdadera relación de trabajo subordinado, y de esa manera resultaban burlados sus derechos, máxime cuando tales contratos fueron celebrados para cubrir funciones que de manera permanente requiere la entidad para cumplir con su objeto social, por lo que no resulta atendible lo alegado por el apoderado de la demandada para que este sea exonerada de dicha condena.

De otro lado, como la apelación interpuesta por la parte demandada prospera de forma parcial, no habrá de condena en costas.

DECISION

Por lo anteriormente expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

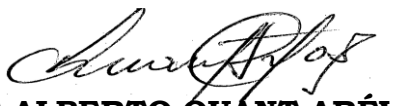
PRIMERO: Dejar sin efecto la sentencia emitida el 30 de septiembre de 2021, tal como fuera ordenado en providencia STP9948-2022 del 21 de junio de 2022 emitido por la Sala de Decisión de Tutelas, Sala de Casación Penal, de la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021), dictada por El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ciénaga, Magdalena, en lo relacionado con la condena a la indemnización por despido sin justa causa, para en su lugar, ABSOLVER a la E.S.E. Hospital Local Zona Bananera, de la pretensión de pago de indemnización por despido sin justa causa. Se confirma en lo demás dicho numeral.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil veintiuno (2021), dictada por El Juzgado Único Laboral del Circuito de Ciénaga, Magdalena.

CUARTO: Sin Costas en esta instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO
Magistrado

CÉSAR RAFAEL MARCUCCÍ DÍAZ GRANADOS
Magistrado

ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO
Magistrada
Aclaración de Voto