

SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO – Configuración / TÉRMINO DE LA ADMINISTRACIÓN PARA ATENDER PETICIÓN – 3 meses

El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un resultado que puede ser negativo o positivo. Esa consecuencia se conoce como acto presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da a ese silencio unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida y que los administrados se vieran imposibilitados para hacer valer sus derechos ante la jurisdicción contenciosa, dada la negligencia de la administración en dar respuesta a una petición. (...) Así las cosas, se tiene que una vez transcurridos tres meses a partir de la presentación de la petición sin que se haya obtenido respuesta por la entidad, se presume con el silencio de la administración una respuesta negativa y la posibilidad de demandar directamente el acto. En el caso en concreto, se observa que el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez elevó el 9 de abril de 2013 reclamación administrativa ante la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná, por tanto, los tres meses de que trata el artículo 83 del CPACA, con los que contaba la entidad demandada para resolver la petición del demandante, so pena de tenerse por configurado el silencio administrativo negativo, se vencían el 9 de julio de la misma anualidad. (...) [S]i bien es cierto que la administración dio respuesta a la petición y que la misma se remitió a la dirección aportada por el señor Mendiola Rodríguez, lo cierto es que no demostró con la guía de envío aportada, la fecha en que fue despachado el oficio y mucho menos que hubiese sido recibido por alguien o que lo hubiesen retornado por alguna causal de devolución. En consecuencia, no existe certeza que, luego de enviarse la respuesta, la misma hubiese llegado a su destino dentro del término de los 3 meses que dispone la ley.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 83

CONTRATO REALIDAD / RELACIÓN LABORAL - Elementos / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS – No configuración / PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO - Acreditación / REMUNERACIÓN - Acreditación / MÉDICO EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA EN ESE

[E]l contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: i) la prestación de servicio es personal; ii) bajo subordinación continuada; y iii) remunerada. En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad. En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales. (...) Para esta Subsección está acreditado que el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez prestó de forma personal sus servicios como médico en ginecología y obstetricia en la

ESE Hospital San Andrés de Chiriguana, (...) de acuerdo con contratos de prestación de servicios y la certificación emitida por el área de recursos humanos de la citada institución hospitalaria, entre otros. (...) En lo que tiene que ver con el segundo elemento de la relación laboral [Remuneración por el servicio prestado] obran los contratos de prestación de servicios para los años 2011 y 2012, de las cuales se advierte el valor de los honorarios pactados, así como la forma de pago. (...) Por lo anterior, a juicio de la Sala también se encuentra demostrado el elemento de la remuneración de la relación laboral, aun cuando no se pagaron los honorarios correspondientes a los meses de enero a marzo de 2012. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la figura del contrato realidad de cara a la protección del derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, ver: C. de E, Sección Segunda, sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, Rad.: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16, M.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 122 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 125 / LEY 80 DE 1993 - ARTÍCULO 32 - NUMERAL 3 / DECRETO 2663 DE 1950 – ARTÍCULO 23 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 53

CONTRATO REALIDAD / RELACIÓN LABORAL - Elementos / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS – No configuración / SUBORDINACIÓN – No acreditación / MÉDICO EN GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA EN ESE

[C]omo subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.(...) [N]o puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, pero esta Sala si ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral deben aportarse aquellas que permitan demostrar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran.Lo anterior a través de, por ejemplo, los oficios, llamados de atención, memorandos de los cuales se advierta la imposición de órdenes e instrucciones sobre la forma de prestar el servicio más allá de lo que razonablemente debe realizar el contratista en virtud de la actividad, contratada; las que demuestren las sanciones o el uso del poder disciplinario del nominador por el incumplimiento de las funciones contratadas, el incumplimiento de un horario fijado exclusivamente por la entidad; las que acrediten el deber de disponibilidad permanente como los registros de llamadas y comunicaciones en ese sentido, y que superen lo contratado en caso de que por la actividad requerida así se necesitase; y en materia de testimonios, la asertividad, razonabilidad y completitud de los dichos de estos que permitan inferir la forma en que se exigía el cumplimiento de un horario no convenido con el contratista, la forma en que se daban las órdenes e instrucciones, las consecuencias de su incumplimiento, entre otras. Sobre el particular, la Sala no evidencia ningún elemento probatorio que permita brindar certeza sobre la existencia de una relación laboral encubierta de los servicios prestados por el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez a la entidad demandada. **NOTA DE RELATORÍA:** Referente al elemento de subordinación, ver: Corte Constitucional, sentencia C-386 de 2000.

Respecto del elemento de la subordinación en caso de los docentes, ver: C. de E, sentencia del 8 de septiembre de 2017, Rad. 08001-23-33-000-2013-00158-01 (2503-2014), M.P César Augusto Orozco Garavito.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2663 DE 1950 – ARTÍCULO 23

CONTRATO REALIDAD / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS – No configuración / PAGO DE HONORARIOS – Improcedencia / ACCIÓN IN REM VERSO – No configuración

[N]o hay lugar a ordenar el pago de los citados honorarios, en tanto que en el sub examine no obra prueba de que para el referido periodo existiese una vinculación contractual entre el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez. (...). Sobre el particular, la Sala advierte que la situación del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez no se ajusta a ninguna de los casos excepcionales en los que la Sección Tercera de esta Corporación ha admitido en los que procede la actio in rem verso, entre los cuales se encuentran: (...) a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su imperium constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo. b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos (...).c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993. 12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la actio de in rem verso, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.» **NOTA DE RELATORIA:** Referente a los casos excepcionales en los que la Sección Tercera de esta Corporación ha admitido en los que procede la actio in rem verso, ver: C. de E., sentencia del 19 de noviembre de 2012, Rad. 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24897).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00195-01(5186-16)

Actor: EDWIN HENRY MENDIOLA RODRÍGUEZ

Demandado: ESE HOSPITAL SAN ANDRÉS DE CHIRIGUANÁ

Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Tema: Inexistencia de relación laboral. Reconocimiento de honorarios dejados de cancelar por encontrar probada la prestación personal del servicio.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA Ley 1437 de 2011

ASUNTO

La Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado decide el recurso de apelación interpuesto tanto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del César, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda presentada.

DEMANDA

El señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, demandó a la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná con fundamento en las siguientes:

Pretensiones¹:

1. Declarar la nulidad del acto presunto producto de la falta de respuesta a la petición del 9 de abril de 2013, radicada ante la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná tendiente al reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales.
2. Declarar que existió una relación laboral entre el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez y la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná, entre el 11 de septiembre de 2011 y el 30 de junio de 2012, sin solución de continuidad.
3. Condenar a la demandada a pagar las prestaciones sociales a que tiene derecho, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad y prima de servicios; asimismo, a reconocer y pagar indemnización moratoria

¹ Folios 204 a 206, C1.

con ocasión de la falta de pago de las cesantías y despido injusto, así como los aportes por concepto de seguridad social integral en salud, pensión y riesgos profesionales.

4. Pagar las condenas mediante sumas liquidas en la moneda de curso legal en Colombia y ajustadas al IPC y dar cumplimiento a la sentencia en los términos legalmente dispuestos.

Fundamentos fácticos²

1. El señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez prestó sus servicios a la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná como médico especializado en ginecología y obstetricia, desde el 11 de septiembre de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, mediante contratos de prestación de servicios profesionales.
2. La labor realizada por el demandante era inherente a la actividad económica y social de la entidad demandada; se regía por el mismo reglamento de los empleados de planta; bajo las instrucciones, órdenes y exigencias del empleador en cuanto a tiempo, modo y calidad de trabajo y en cumplimiento del horario de trabajo señalado por éste.
3. Al respecto, precisó que su horario ordinario semanal era de lunes a viernes de 7:00 am a 1:00 pm en consulta externa y de 7:00 pm a 7:00 am en quirófano y urgencias y la otra semana con turno de 7:00 am a 7:00 pm de los que tenía que estar en quirófano, urgencias y hospitalización. Así mismo, detalló que se encontraba bajo una continua subordinación i) al recibir órdenes de la gerente y coordinadora médica, ii) al tener que estar a disposición de este último para atender urgencias, cirugías programadas, consulta externa, interconsultas solicitadas por otras especialidades y hospitalizaciones y iii) pedir permisos para ausentarse de sus funciones.
4. Durante todo el tiempo laborado la ESE demandada no le pagó las prestaciones sociales a que tenía derecho, ni lo afilió a seguridad social integral o a un fondo de cesantías.
5. Al momento de su despido injustificado, el contrato de trabajo se encontraba prorrogado por el término de 1 año, tal como lo demuestran los contratos suscritos, y según lo reza el numeral 2 del artículo 46 del CST.
6. El demandante radicó el 9 de abril de 2013 reclamación administrativa tendiente a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, salarios y la indemnización por despido injustificado, sin que hubiese recibido respuesta a su solicitud.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias de modo que la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo»³, porque es guía y ajuste de esta última. De esta manera se preserva la congruencia que garantiza el debido proceso, razón por la cual el juez al proferir la sentencia debe resolver el litigio en forma concordante con los hechos, las pretensiones y las excepciones; puntos que fueron condensados y validados por las partes al precisar el «acuerdo sobre el desacuerdo» en la audiencia inicial. De allí que los problemas jurídicos

² Folios 8 a 12

³ Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB (2015).

adecuadamente formulados y aceptados por las partes se convierten en una eficiente guía para el decreto de las pruebas, las alegaciones, la sentencia y sustentación de los recursos pertinentes. Por lo dicho, la audiencia inicial es el punto de partida más legítimo y preciso para fundamentar adecuadamente la sentencia.

Fecha de la audiencia inicial: 10 de febrero de 2016.

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es una faceta del despacho saneador o del saneamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del mismo, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo.⁴

En el acta de la audiencia inicial se consignó lo siguiente respecto de las excepciones propuestas:

«Advierte el Despacho, que sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada, relativas a *«No configuración de silencio administrativo negativos (sic), inexistencia de la obligación laboral pretendida, y ausencia de elementos que generan declaratoria de contrato laboral»*, no se hará pronunciamiento alguno en esta oportunidad, pues éstas atañen al fondo del asunto, y por lo tanto, se resolverán al dirimir el conflicto, es decir, en la sentencia.»

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁵

En el *sub lite* en folios 373-375 de la audiencia inicial se indicó lo siguiente en la etapa de fijación del litigio:

«[...] En consecuencia, lo que se convierte en motivo de debate en el presente asunto, en primer lugar, es establecer, si es nulo o no el acto administrativo ficto o presunto, producto del silencio administrativo de la administración, al no dar respuesta a la petición de fecha 9 de abril de 2013 presentada por el aquí demandante.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá determinar, si existió una relación laboral, conforme al principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formalidades, desde el 11 de septiembre de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, sin solución de continuidad, entre el señor EDWIN HENRY MENDIOLA RODRIGUEZ y el HOSPITAL SAN ANDRÉS DE CIRIGUANÁ ESE; asimismo, si es posible declarar que el contrato de trabajo se encontraba prorrogado por el término de un año, por haber prescindido la entidad del servicio personal del accionante, sin ningún motivo o causa justificativa, conforme a las normas legales que rigen en estos casos.

Como consecuencia de lo anterior, se deberá estudiar, si el hoy demandante tiene derecho a que se le paguen las siguientes sumas de dinero:

⁴ Módulo El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. EJRLB (2012).

⁵ Hernández Gómez William, 2015. Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

1. \$145.810.800 por concepto de salarios dejados de percibir diariamente por el tiempo que faltare para cumplir la prórroga del contrato de trabajo.
2. \$35.220.000 correspondiente a los salarios de los meses de enero, febrero y marzo de 2012 laborados, más los intereses que se causaron sobre dicha cifra.
3. \$9.754.442 por concepto de cesantías.
4. \$939.677 por intereses a las cesantías.
5. \$4.877.236 por vacaciones.
6. \$4.877.236 por prima de navidad.
7. \$437.432.400 como indemnización por despido injusto, equivalente a una suma igual al último salario por cada día de retardo, hasta 24 meses, contados desde el 30 de junio de 2012, es decir 720 días de salario, a razón de \$607.545.00 valor de cada día; y a partir del mes 25, los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos certificados por la superintendencia bancaria.

Igualmente, se deberá analizar la procedencia de la indemnización moratoria con ocasión de la falta de pago de las cesantías, entre el día 11 de septiembre de 2011 y el 30 de junio de 2012, hasta la fecha en que se realice su pago efectivamente; asimismo, la liquidación y pago de aportes por concepto de seguridad social integral (salud, pensión y riesgos profesionales); el pago de indexación de los valores dejados de pagar oportunamente; y finalmente el pago de costas y agencias en derecho; la liquidación de la condena mediante sumas liquidadas de moneda de curso legal en Colombia, ajustadas con base en el índice de precios al consumidor, y el cumplimiento de la sentencia en los términos previstos por los artículos 176 y 177 del CPACA.»

Se notificó la decisión en estrados y no se presentaron recursos.

SENTENCIA APELADA⁶

Mediante sentencia proferida el 8 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo del César accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Frente a los elementos constitutivos del contrato de trabajo, señaló que el demandante celebró unos contratos de prestación de servicios con el Hospital San Andrés de Chiriguaná entre el 11 de septiembre de 2011 y el 30 de junio de 2012, cuyo objeto común era la prestación de sus servicios personales en la especialidad de ginecología y obstetricia.

De otro lado, indicó que la existencia de un salario depende de la decisión del fallo, porque de declararse configurada la relación laboral, los valores cancelados a título de honorarios se considerarían como salario por el trabajo encomendado.

Finalmente, encontró configurado el elemento de subordinación comoquiera que las actividades especiales que desempeñó en ginecobstetricia, eran propias del servicio ofertado por la entidad hospitalaria como se advierte en el capítulo 2 del manual de procesos gerenciales, proceso de gestión estratégica y modelo de atención del hospital demandado, en el que se indicó que la labor encomendada debía realizarse, no solo de manera permanente durante la ejecución del contrato, sino cumpliendo un estricto horario para así no afectar la prestación del servicio de salud. Además, destacó que las actividades contratadas también eran desempeñadas por otros médicos de planta.

Resaltó que la forma sucesiva en que se suscribieron los contratos permite dilucidar que no hay una interrupción considerable y sí, por el contrario, que se

⁶ Folios 429 a 453, C2.

trata de un trabajo continuo, con vocación de permanencia que quiso enmascarar bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Afirmó que las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, dan cuenta de la prestación del servicio de manera personal del demandante y de las fechas del mismo, bajo el cumplimiento de órdenes, directrices y horario, razón por la cual declaró como no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación laboral y ausencia de elementos que generen declaratoria de contrato laboral.

Así mismo, expuso que el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez demostró que el 9 de abril de 2013 presentó derecho de petición a la ESE Hospital San Andrés y que la misma no fue resuelta, pues si bien en la contestación de la demanda aportó copia de lo que sería la respuesta a la solicitud, como de la guía del envío, lo cierto es que no se advierte firma del recibido a conformidad por el demandante o su apoderado o nota de devolución. En ese sentido tuvo como configurado el silencio administrativo negativo y negó la excepción de inexistencia del acto demandado (ficto o presunto).

En consecuencia, declaró la nulidad del acto presunto y ordenó, como restablecimiento del derecho a favor del demandante y a cargo del hospital, a reconocer y pagar por el período comprendido entre el 11 de septiembre de 2011 y al 30 de junio de 2012, excluyendo los períodos de tiempo en que no tuvo contrato vigente i) el valor equivalente a las prestaciones sociales y demás derechos laborales que se reconocen a los empleados de la entidad demandada que desempeñaron similar labor y; ii) los aportes al sistema de seguridad social, para ello aclaró que el tiempo laborado deberá computarse para efectos pensionales y por la cuota parte que le corresponde.

Por último, negó las pretensiones encaminadas a obtener la indemnización por despido injusto al no haberse demostrado que el último contrato de prestación de servicio con la ESE demandada finalizó antes del plazo convenido para ello. Tampoco accedió a la sanción moratoria generada por la no cancelación de las cesantías causadas pues según los lineamientos de esta Corporación, la sentencia tenía carácter constitutivo y era a partir de ella que se contabilizaba el término para que la entidad cumpliera con la orden emitida. Igualmente negó la solicitud de pago de los salarios por los meses de enero a marzo de 2012 al no encontrar contrato del cual se derive tal obligación.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **parte demandada**⁷ se opuso a la decisión de primera instancia, para lo cual insistió que de la documentación obrante en el expediente permite determinar sin lugar a dudas que los servicios profesionales del señor Mendiola Rodríguez como ginecólogo no podían derivar en un contrato realidad porque el doctor solo prestaba sus servicios a disponibilidad durante apenas 15 días al mes.

Por otra parte, agregó que no existió despido injustificado por la naturaleza civil de la entidad y la modalidad de la contratación y, por lo tanto, era el demandante quien realizaba los pagos a seguridad social. Asimismo, recalcó que este nunca recibió órdenes, llamados de atención o amonestaciones por ausencia o mala ejecución de sus actividades, y que podía ausentarse sin siquiera informar siempre que otro ginecólogo cubriera la atención.

⁷ Folios 458 a 462, C2,

Destacó que el coordinador médico es un médico general, sin que tenga los conocimientos científicos necesarios para poder intervenir en la labor que realizan los especialistas o darles órdenes o referirles el tratamiento adecuado para enfrentar alguna patología en materia ginecológica, de ahí que, en las cuentas de cobro presentadas por el libelista, la certificación expedida por el coordinador médico, no establece otra cosa que el horario de atención, sin ningún poder de dirección frente al libelista.

Resaltó que el tribunal omitió los testimonios del señor Faver Imbreth y Alma Rebolledo, los cuales coinciden claramente en que no hubo subordinación del demandante como de los demás contratistas, que el hospital no cuenta con especialistas de planta, que las actividades que realizan son exclusivamente las fijadas en el contrato, que prestaban sus servicios a disponibilidad y por lo tanto, solo tenían que asistir para atender a los pacientes de consulta y no debían solicitar permiso para ausentarse, pues solo bastaba informar para cubrir el turno o podía conseguir su suplente.

Finalmente, sostuvo que la reclamación administrativa, contrario a lo expuesto por el *a quo*, sí le fue resuelta al demandante pues en la guía de envío emitida por Servientrega se advierte que esta se dirigió a la dirección aportada por el demandante en el proceso, como en la solicitud de conciliación.

La **parte demandante**⁸ manifestó su inconformidad frente a la sentencia de primera instancia al no condenar al pago de los salarios correspondientes a los meses de enero a marzo de 2012 y que, además, no hubiesen sido incluidos en los períodos a liquidar por prestaciones sociales y demás derechos laborales. Así mismo, al no condenar a la entidad demandada a pagar la sanción por el no pago de salarios y prestaciones debidas.

Frente a la primera objeción, señaló que en el numeral 3 de los hechos de la demanda expuso que en el primer trimestre del año 2012 trabajó así: del 11 al 31 de enero, del 1 al 28 de febrero y del 11 al 27 de marzo, con una remuneración de \$587.000 por cada día trabajado, contrato que no se suscribió por escrito, pero que efectuó en su totalidad, sin que haya sido pagado por la ESE demandada. De igual forma, enfatizó que la empresa social del Estado reconoció en la contestación de la demanda que en esa institución reposaba el contrato con sus correspondientes registros presupuestales, pero que por no haberse suscrito no habían podido efectuar el pago.

Agregó que el tribunal no tuvo en cuenta el testimonio del señor Faver Imbreth y Alma Rebolledo, así como copia del fallo aportado con la contestación de la demanda en el que se improbió la conciliación en la cual el hospital tenía la intención de cancelar esos valores porque tenía la certeza que el señor Mendiola Rodríguez y los demás médicos laboraron en los términos y períodos fijados en los contratos que no se pudieron suscribir formalmente, copia de los certificados laborales, horarios de trabajo, de los registros de consulta, de constancias y finiquitos de consultas y procedimientos y registros de cirugías que demuestran que prestó sus servicios al ente hospitalario en dicho lapso, y que el hecho de no haberlo firmado por omisión de la institución hospitalaria, no es causal para negar su pago y reconocimiento laboral.

En cuanto a la sanción moratoria deprecada, con ocasión de la falta de pago de las cesantías entre el 11 de septiembre de 2011 y el 30 de junio de 2012 hasta la

⁸ Folios 463 a 468, C2.

fecha que se realice su pago, destacó que la sanción fue peticionada en la solicitud inicial y posteriormente la reiteró en la solicitud de conciliación extrajudicial ante la procuraduría para asuntos administrativos. Enfatizó que, si bien la sanción no es automática, pues el empleador puede acreditar la buena fe en el no pago, lo cierto es que no demostró dicho comportamiento cuando disfrazó un verdadero contrato de trabajo en uno de prestación de servicios personales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **ESE Hospital San Andrés**⁹ ratificó los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

La **parte demandante**¹⁰ de manera extemporánea iteró los argumentos que le sirvieron de soporte para el recurso de apelación.

El **Ministerio Público**¹¹ guardó silencio según se advierte de la constancia secretarial visible a folio 534.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del CPACA, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto. De igual forma, según el artículo 328 del Código General del Proceso, el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos en el recurso de alzada, pero cuando ambas partes lo hacen, el *ad quem* puede resolver sin limitaciones.

Problemas jurídicos

Con fundamento en los anteriores argumentos, los problemas jurídicos se resumen en las siguientes preguntas:

1. ¿La ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná decidió la solicitud de reconocimiento laboral, salario y prestaciones sociales que le fue radicada el 9 de abril de 2013, o se configuró el silencio administrativo negativo?
2. ¿Se demostró la configuración de los elementos propios de una relación laboral con la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná, derivados de los servicios profesionales que afirma haber prestado entre el 11 de septiembre de 2011 y el 30 de junio de 2012?

En caso afirmativo

3. ¿En el presente caso hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción extintiva del derecho, frente a algunos o todos los periodos en los cuales estuvo vinculado el señor Edwin Herney Mendiola Rodríguez y cómo debe restablecerse el derecho del demandante frente a los aportes a pensión?
4. ¿Existe mérito al reconocimiento de la sanción moratoria, como condena consequential a la declaratoria de existencia de la relación laboral?

⁹ Folios 506 a 513, C2.

¹⁰ Folios 517 a 521, C2.

¹¹ Folios 272 a 284.

5. ¿El señor Edwin Henry tienen derecho al pago de los servicios profesionales prestados como especialista en ginecobstetricia durante el primer trimestre del año 2012?
6. ¿Operó el fenómeno de la prescripción sobre los honorarios deprecados?

Primer problema jurídico:

¿La ESE Hospital San Andrés de Chiriguana decidió la solicitud de reconocimiento laboral, salario y prestaciones sociales que le fue radicada el 9 de abril de 2013, o se configuró el silencio administrativo negativo?

Al respecto se sostendrá la siguiente tesis: se configuró el silencio administrativo negativo y con ello el acto presunto, comoquiera que la ESE Hospital San Andrés de Chiriguana no demostró que dentro de los 3 meses contados a partir de la presentación de la petición que le fuere radicada por el señor Mendiola Rodríguez, hubiese notificado la decisión que la resolvía. Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

El silencio administrativo es un fenómeno en virtud del cual la ley contempla que, en determinados casos, a la falta de decisión de la administración frente a peticiones o recursos elevados por los administrados, se le da un resultado que puede ser negativo o positivo. Esa consecuencia se conoce como acto presunto pues, aunque en tales eventos no existe una decisión expresa que contenga la voluntad de la administración frente al asunto que ha sido sometido a su consideración, la ley le da a ese silencio unos efectos similares a los del acto administrativo expreso. La razón de ser del fenómeno del silencio administrativo es la de evitar que los asuntos que la administración debe resolver queden sin decidir de manera indefinida y que los administrados se vieran imposibilitados para hacer valer sus derechos ante la jurisdicción contenciosa, dada la negligencia de la administración en dar respuesta a una petición

De cara a lo anterior el artículo 83 del CPACA dispuso:

«**ARTÍCULO 83. Silencio negativo.** Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa. En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que ésta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.»

Por su parte el artículo 161 determinó:

«**ARTÍCULO 161. Requisitos previos para demandar.** La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:

[...]

2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto. [...] »

Así las cosas, se tiene que una vez transcurridos tres meses a partir de la presentación de la petición sin que se haya obtenido respuesta por la entidad, se

presume con el silencio de la administración una respuesta negativa y la posibilidad de demandar directamente el acto.

En el caso en concreto, se observa que el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez elevó el 9 de abril de 2013¹² reclamación administrativa ante la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná, por tanto, los tres meses de que trata el artículo 83 del CPACA, con los que contaba la entidad demandada para resolver la petición del demandante, so pena de tenerse por configurado el silencio administrativo negativo, se vencían el 9 de julio de la misma anualidad.

Frente a la petición relacionada, se advierte que la ESE demandada allegó con el escrito de contestación de la demanda copia del oficio de fecha 23 de abril de 2013 y de la guía de envío 7193686460 de Servientrega¹³, con los que pretende demostrar que dio respuesta negativa a la solicitud y su notificación. No obstante, el demandante manifestó que su petición no le fue resuelta y bajo ese entendido, demandó el acto presunto producto de la falta de respuesta a la aludida petición.

De acuerdo con lo anterior, si bien es cierto que la administración dio respuesta a la petición y que la misma se remitió a la dirección aportada por el señor Mendiola Rodríguez, lo cierto es que no demostró con la guía de envío aportada, la fecha en que fue despachado el oficio y mucho menos que hubiese sido recibido por alguien o que lo hubiesen retornado por alguna causal de devolución. En consecuencia, no existe certeza que, luego de enviarse la respuesta, la misma hubiese llegado a su destino dentro del término de los 3 meses que dispone la ley.

En todo caso, la Sala advierte que la notificación personal exige el envío de la citación para luego poder notificarse el acto administrativo, por lo que, si el particular no comparece, la entidad tiene el deber de continuar con la notificación por aviso, lo cual tampoco obra en el plenario.

En consecuencia, la Sala considera que en el *sub examine* se configuró el silencio administrativo negativo y con ello, el acto presunto, tal como lo dispuso el *a quo*.

Segundo problema jurídico:

¿Se demostró la configuración de los elementos propios de una relación laboral con la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná, derivados de los servicios que afirma haber prestado a esta a través de las empresas de intermediación laboral?

Al respecto se sostendrá la siguiente tesis: en el caso del señor Edwin Herney Mendiola Rodríguez no se demostró fehacientemente la configuración de los tres elementos de la relación laboral, carga probatoria que le correspondía al aquí demandante. Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

Contrato de prestación de servicios vs contrato realidad

Conforme lo consagrado en el artículo 122 y 125 constitucionales existen tres formas para vincularse con una entidad pública. La primera de ellas se da a través de una relación legal y reglamentaria y corresponde a los denominados empleados públicos; la segunda por medio de un contrato laboral y cobija los llamados trabajadores oficiales y; finalmente, los contratistas de prestación de servicios, vinculación que ha sido considerada como una relación de naturaleza contractual con el Estado.

¹² Folios 2 a 5, C1.

¹³ Folio 277 a 280.

Esta última forma de vinculación con el Estado se reguló a través del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que consagra:

«**Artículo 32.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [...]» (Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹⁴, y estos no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de naturaleza permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁶ y como medida de protección de la relación laboral, en tanto que, a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁷. Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha ratificado convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, ratificó el Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

¹⁴ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba)

¹⁵ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁶ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

¹⁷ C-614 de 2009.

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;

b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;

c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;

d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;

[...]

h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Corporación)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁸ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el Protocolo citado se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

¹⁸ «**Artículo 1** **Obligación de Adoptar Medidas.** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2 **Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»

«**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.» (Subraya la Sala).

Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas, el cual se desarrolla seguidamente.

Elementos que naturalizan la relación laboral

En el anterior hilo argumentativo, para la jurisprudencia, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** bajo subordinación continuada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.¹⁹

En el caso concreto y conforme con el recurso de apelación, se advierte que la inconformidad de los apelantes consiste en una supuesta interpretación errónea del material probatorio por parte del tribunal. En ese sentido, la Subsección verificará si se configuraron los elementos propios de una relación laboral entre el señor Mendiola Rodríguez y la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná.

Extremos temporales de la vinculación contractual

En primer lugar, la Sala advierte que en el presente asunto el demandante pretende el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre él y la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná, desde el 11 de septiembre de 2011 hasta el 30 de junio de 2012, sin solución de continuidad. Por su parte, el Tribunal encontró acreditado el vínculo solicitado así:

En el año 2011: del 11 al 30 de septiembre, del 11 al 31 de octubre, del 11 al 30 de noviembre y del 11 al 31 de diciembre;

¹⁹ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.

para el año 2012: del 11 al 20 de abril, del 11 al 21 de mayo y del 11 al 20 de junio de 2012.

Ahora, la ESE Hospital San Andrés de Chiriguana consideró que no se demostró el elemento de la subordinación y dependencia y que el acto presunto demandado no se configuró toda vez que dio respuesta a la petición elevada por el demandante el 9 de abril de 2013 y la remitió por correo a la dirección aportada por este. Por su parte, el libelista se opuso a la sentencia de primera instancia que declaró la existencia de la relación laboral en el extremo temporal deprecado, pero sin incluir los meses de enero a marzo de 2012, por no obrar contrato escrito que así lo acreditara y, en consecuencia, absolvió a la entidad demandada del pago de los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales a que tenía derecho en razón a los servicios médicos que prestó en dicho tiempo.

Bajo el marco señalado, y de la documentación obrante en el expediente, se observa entonces que el señor Mendiola Rodríguez prestó sus servicios como ginecólogo en el Hospital San Andrés de Chiriguana, de la siguiente forma:

| N° CPS/OPS | OBJETO | TÉRMINO | VALOR | FOLIOS |
|------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|--------------|--------|
| N/R | Prestación de servicios profesionales especializados de ginecología y obstetricia para cubrir las actividades de la especialidad, las cuales deben ser cubiertas de acuerdo a la necesidad del servicio en la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguana. | 20 días a partir del 11 al 30 de septiembre de 2011 | \$11.740.000 | 6-10 |
| N/R | | 21 días a partir del 11 al 31 de octubre de 2011 | \$12.327.000 | 11-15 |
| N/R | | 41 días contados a partir del 11 al 30 de noviembre y del 11 al 31 de diciembre de 2011 | \$24.067.000 | 17-20 |
| N/R | | 4 días a partir del 28 al 31 de marzo de 2012 | \$2.348.000 | 21-25 |
| N/R | | 20 días del mes de abril, 21 días del mes de mayo y 20 días del mes de junio de 2012 | \$37.060.245 | 26-29 |

De otro lado, se aprecian actos administrativos contentivos de órdenes de pago de honorarios, en razón de los servicios por él prestados como médico ginecólogo en la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguana así:

| DETALLE | PERÍODO | VALOR |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|---------------|
| Orden de pago 1287 del 23 de diciembre de 2011 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 172, C1) | Septiembre de 2011 | \$ 11.740.000 |
| Resolución 1287 del 23 de diciembre de 2011, por medio del cual el gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguana autoriza al pagador cancelar a favor del señor Mendiola Rodríguez una suma de dinero (folio 291, C2) | | |
| Orden de pago 1296 del 23 de diciembre de 2011 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 173, C1) | Octubre de 2011 | \$ 12.327.000 |
| Resolución 1296 del 23 de diciembre de 2011, por medio del cual el gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguana autoriza al pagador cancelar a favor del señor Mendiola Rodríguez una suma de dinero (folio 282, C2) | | |
| Orden de pago 057 del 16 de enero de 2012 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 174, C1) | Noviembre de 2011 | \$ 11.740.000 |
| Resolución 057 del 16 de enero de 2012, por medio del cual el gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguana autoriza al pagador cancelar a favor del señor Mendiola Rodríguez una suma de dinero (folio 310, C2) | | |
| Orden de pago 188 del 14 de febrero de 2012 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 175, C1) | Diciembre de 2011 | \$ 11.327.000 |
| N/R | | |

| | | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------|
| Orden de pago 530 del 12 de abril de 2012 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 299, C2) | Marzo de 2012 | \$ 2.348.000 |
| Resolución 530 del 12 de abril de 2012, por medio del cual el gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguaná autoriza al pagador cancelar a favor del señor Mendiola Rodríguez una suma de dinero (folio 300, C2) | | |
| Orden de pago 627 del 2 de mayo de 2012 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 327, C2) | Abril de 2012 | \$ 12.150.900 |
| Resolución 627 del 2 de mayo de 2012, por medio del cual el gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguaná autoriza al pagador cancelar a favor del señor Mendiola Rodríguez una suma de dinero (folio 328, C2) | | |
| Orden de pago 1051 del 15 de junio de 2012 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 336, C2) | Mayo de 2012 | \$ 12.758.445 |
| Resolución 1051 del 15 de junio de 2012, por medio del cual el gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguaná autoriza al pagador cancelar a favor del señor Mendiola Rodríguez una suma de dinero (folio 337, C2) | | |
| Orden de pago 1202 del 3 de julio de 2012 a favor del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez (folio 318, C2) | Junio de 2012 | \$ 12.150.900 |
| Resolución 1202 del 3 de julio de 2012, por medio del cual el gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguaná autoriza al pagador cancelar a favor del señor Mendiola Rodríguez una suma de dinero (folio 319, C2) | | |

En ese sentido, la Subsección advierte que de las pruebas aportadas al proceso se acreditó que el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez prestó sus servicios al ente hospitalario entre el 11 y 30 de septiembre de 2011, el 11 y 31 de octubre de 2011, el 11 y 30 de noviembre de 2011, el 11 y 31 de diciembre de 2011, 20 días del mes de abril de 2012, 21 días del mes de mayo de 2012 y 20 días del mes de junio de 2012.

No se demostró la configuración de los elementos del contrato de trabajo

a) La prestación personal del servicio.

Para esta Subsección está acreditado que el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez prestó de forma personal sus servicios como médico en ginecología y obstetricia en la ESE Hospital San Andrés de Chiriguaná, por los periodos arriba indicados, de acuerdo con contratos de prestación de servicios y la certificación emitida por el área de recursos humanos de la citada institución hospitalaria, entre otros.

b) Remuneración por el servicio prestado.

En lo que tiene que ver con el segundo elemento de la relación laboral obran los contratos de prestación de servicios para los años 2011 y 2012, de las cuales se advierte el valor de los honorarios pactados, así como la forma de pago.

Además, se cuenta con los actos administrativos y las órdenes de pago a favor del libelista, relacionados previamente, y emitidos por la ESE demandada, para los meses de septiembre a diciembre de 2011 y abril y junio de 2012.

Como soporte adicional, la certificación laboral expedida por el profesional universitario del área de recursos humanos de la aludida entidad, dan cuenta de las sumas devengadas por el demandante desde el 11 de septiembre de 2011 al 30 de junio de 2012.

Por lo anterior, a juicio de la Sala también se encuentra demostrado el elemento de la remuneración de la relación laboral, aun cuando no se pagaron los honorarios correspondientes a los meses de enero a marzo de 2012.

c) Subordinación y dependencia continuada

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST²⁰, es considerado por la doctrina como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad. De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»²¹

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición de los reglamentos internos, en cualquier momento, respetando la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

Frente a los argumentos expuestos en el recurso de apelación de la entidad demandada, la Subsección advierte lo siguiente:

²⁰ «**Artículo 23. Elementos esenciales.** <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]» (Subraya la Sala).

²¹ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

La entidad recurrente alude en su apelación que el tribunal no tuvo en cuenta que los testimonios rendidos por los señores Faver Imbreth y Alma Rebolledo, se puede inferir con claridad que no se configuró el elemento de subordinación entre el demandante y esa entidad.

Así, en este caso, se tiene que el médico especialista en ginecología Faver Imbreth Martínez, quien trabajó junto con el demandante en la entidad demandada en los extremos temporales deprecados como compañero de trabajo desde el mes de septiembre del año 2011 hasta junio del año 2012, sostuvo lo siguiente²²:

«[...] PREGUNTADO: Manifiésteme al despacho si le consta, cuáles eran las funciones que realizaba el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez en dicho hospital. CONTESTADO: El doctor Edwin Mendiola se desempeñaba como médico especialista en Ginecología en las áreas de urgencias del Hospital Regional San Andrés, en el área de quirófanos del Hospital Regional San Andrés, en el área de consulta del área del Hospital Regional San Andrés, cumpliendo las funciones de lunes a viernes en consulta externa, revisando 18 pacientes obstétricas y revisando también 26 pacientes de ginecología, compartidas lunes y martes se veían pacientes de Obstetricia, miércoles y viernes paciente de Ginecología, fines de semana se cumplían las horas, se cumplían los trabajos 24 horas diarias en urgencias, atendiendo las pacientes que llegan a urgencias, las pacientes del área de quirófano y las pacientes que estaban en el área de hospitalización. Esas eran las funciones que se cumplían durante los 15 días laborales en el Hospital Regional San Andrés. PREGUNTADO: Indique si tiene conocimiento de cómo fue la forma de vinculación y desvinculación del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez en la citada institución hospitalaria. CONTESTADO: El Dr. Edwin Mendiola comenzó laborando en el Hospital Regional San Andrés con la modalidad de contratos de prestación de servicio y fue desvinculado del hospital sin previo aviso, no, no le fue comunicado ni notificado para terminarla con el contrato que en ese tiempo tenía. PREGUNTADO: Le consta si el señor Edwin Enrique Mendiola Rodríguez recibió órdenes y directrices de algún jefe inmediato y si estaba sometido al cumplimiento de horarios. CONTESTADO: Sí nosotros tenemos en el Hospital Regional San Andrés un jefe inmediato que en ese momento era la doctora Emily Flórez, era la coordinadora médica, la cual era la que realizaba los horarios de trabajo nuestros. Era la que realizaba en ese momento los horarios de trabajo nuestros la Dra. Emily Flórez.»

Al absolver las preguntas del apoderado de la parte demandante señaló:

«[...] PREGUNTADO: Dígame a este a este despacho, si el Dr. Mendiola tenía la obligación de cumplir un horario y este cómo era asignado y por quién. CONTESTADO: Si el doctor Mendiola cumplía el horario de los días del 16 al 30 de cada mes. Realizando las labores en el hospital de San Andrés en urgencia, los fines de semana o la semana que estaba de turno de urgencia, cumpliendo los horarios de consulta externa de lunes a viernes. Y los horarios de quirófano de los días correspondientes que le competían a él. PREGUNTADO: La persona encargada de asignar esos horarios era la jefa inmediata, cuál era su nombre por favor CONTESTADO: La jefa inmediata de esa época era la doctora Emily Flórez, era la coordinadora médica del Hospital Regional San Andrés. PREGUNTADO: Sabe usted si el Dr. Mendiola recibió un salario y en qué dependencia o qué requisitos necesita para acceder a él. CONTESTADO: Sí se recibía un salario de los 15 días laborados y eso era cancelado a través de cheque en la sala de tesorería del Hospital Regional San Andrés. PREGUNTADO: Dígame a este despacho Dr. Faver si existe alguna diferencia entre los horarios y los reglamentos que tenían los trabajadores de planta y los médicos contratistas. CONTESTADO: Claro, los médicos contratistas especialistas, [...] laboramos los fines de semana y los días festivos. A diferencia de los trabajadores en nómina que ellos no laboran festivo y de semana y días de semana, mientras que el especialista por la modalidad de contratación trabaja los 15 días competentes

²² CD a folio 387.

correspondientes al contrato. PREGUNTADO: En el evento que un médico contratista usted especialista, tenía que ausentarse de sus labores, necesitaban pedir permiso al jefe inmediato o presentar alguna excusa. CONTESTADO: Cómo se trabaja por días, 15 días al mes, si el médico especialista necesita ausentarse, debe pedirle un permiso al médico, al coordinador del Hospital Regional San Andrés. PREGUNTADO: Diga a este despacho si sabe en qué circunstancias terminó de ejercer sus labores como médico especialista el Dr. Edwin en el Hospital San Andrés de Chiriguana. CONTESTADO: El Dr. Edwin Mendiola para el mes de junio del 2012, se presentó a laborar y cuando llegó al hospital le comunicaron que ya no tenía contrato en el hospital. Lo que quiere decir que no le fue notificado previamente de que ya no, se le suspendió el contrato, sino cuando ya se presentó a trabajar en el hospital. PREGUNTADO: Dígale a este despacho si los médicos contratistas o, en su caso especialistas, tienen alguna autonomía e independencia, o si, por el contrario, se encuentran bajo una subordinación permanente y continua de un jefe inmediato. CONTESTADO: El médico especialista en el Hospital Regional San Andrés, está subordinado, debe cumplir un horario estipulado por el hospital.»

Y seguidamente, respondió las preguntas formuladas por la apoderada del hospital, para lo cual indicó:

«[...] PREGUNTADO: Dr. Faver usted menciona que las actividades o el horario eran entregados por la coordinadora médica, los conocimientos de la coordinadora médica están en qué nivel, ella es especialista, sabe cómo dirigirle a usted una operación o una consulta. CONTESTADO: Bueno, la coordinadora médica, ella en ese momento era médico general. Era la que se encargaba de hacer los horarios, de comunicarnos cualquier eventualidad que se presentara y/o algún cambio que se hiciera en el horario [...] PREGUNTADO: La coordinadora médica más que darle a usted indicaciones de cómo realizar su trabajo, se encargaba de la asignación de los horarios. CONTESTADO: Sí, claro, realizar los horarios y como te digo, comunicarnos cualquier eventualidad o hacer algún cambio que se presentará en el horario o en alguna de las instalaciones del hospital en relación a nuestra especialidad. PREGUNTADO: Dr. Faver, si usted necesita un permiso, salir a hacer una vuelta personal y usted no comunica esto a la coordinadora médica pueden quedar algunas personas sin la debida atención por no notificar eso al hospital. CONTESTADO: Claro, si nosotros salimos en el momento que estamos de turno y no comunicamos y tú sabes que ese es un hospital donde se maneja en urgencias y uno se va sin previo aviso, sin quien lo reemplace, puede haber complicaciones en pacientes que lleguen, ya sea de Chiriguaná mismo o que lleguen remitidos. PREGUNTADO: Si esto se da, usted no estaría incumpliendo con las obligaciones de su contrato. CONTESTADO: Claro, porque los contratos estipulan que nosotros debemos cumplir con 15 días laborales en el hospital y durante esos 15 días uno debe cumplir una misión como médico especialista en el hospital. [...] PREGUNTADO: Doctor entonces para rectificar hay alguna persona dentro del hospital de nómina que tenga los conocimientos especializados de los profesionales especialistas que se llevan al hospital CONTESTADO: Claro está, el profesional de talento humano creo que es el Dr. Jimmy Dagel. que es el encargado de revisar y tener en cuenta toda la hoja de vida de los especialistas. PREGUNTADO: Doctor, me refiero a su conocimiento, o sea, hay un ginecólogo especialista que pueda subordinarlo usted ordenarle a usted como usted va a realizar sus consultas o qué procedimientos debes seguir. CONTESTADO: En el hospital no, en el hospital no lo hay. PREGUNTADO: Doctor y una última pregunta, las funciones que usted cumple con el hospital son las que están específicas dentro del contrato de prestación de servicios, por ser usted un médico especialista en Ginecología. CONTESTADO: Claro, nosotros tenemos unas labores que realizar en el hospital durante los 15 días. En una semana se realizan consultas externas, lunes y martes se realizan, se ven 18 pacientes, mujeres embarazadas, miércoles y viernes se realizan 26 a 28 pacientes ginecológicas. Los fines de semana, un especialista hace un sábado de urgencia 24 horas y el otro especialista el domingo y la semana que sigue se hacen 24 horas de urgencia el especialista que le toque la parte de urgencia. PREGUNTADO: Y la coordinadora médica en qué periodo debe entregarle a usted el horario para saber en los 15 días cómo va a ser su rotación.

CONTESTADO: Generalmente ella, el horario lo publican los primeros 5 días últimos del mes para que ya el especialista que llega debe saber porque semana comienza, si comienza por consulta o comienza por cirugía. PREGUNTADO: Entonces, la coordinación que ella realiza es netamente para ver de qué manera van a ser realizados los turnos o la atención al paciente. CONTESTADO: Claro, porque todo lo que se debe hacer en el hospital debe ser programado. Entonces cada especialista que llega debe saber ya a que área dirigirse para comenzar a atender las pacientes. [...] PREGUNTADO: La coordinadora médica, ella después de que le entrega su horario y no hay indicaciones especiales acerca de eso, tiene otra potestad para ordenarle algo en su especialidad o en sus funciones. CONTESTADO: No, porque es que nosotros ya tenemos áreas, ya tenemos labores asignadas, entonces lo único que ella debe hacer es el horario para nosotros saber con qué semana comenzamos. Porque ya la especialista sabe que cuando llega, por ejemplo, a la urgencia le toca valorar los pacientes de urgencias, le tocaba las pacientes de hospitalización, le toca operar las pacientes en quirófano y el que está en la consulta ya sabe que tiene que hacer la semana de consulta. PREGUNTADO: Dr. ya para cerrar [...] el Dr. Jimmy Dagel que usted lo menciona, qué actividad cumple, de acuerdo a darle órdenes a ustedes o supervisarlos científicamente. CONTESTADO: Bueno, hasta donde yo sé, él es el profesional de recursos humanos, de talento humano. Siempre que hemos necesitado, él es el que nos da las certificaciones laborales, más no sé a qué más se dedica en el hospital. [...]»

- Por su parte, la señora Alma Lucelly Rebolledo Mejía, quien trabaja como instrumentadora quirúrgica del Hospital San Andrés de Chiriguana indicó²³:

«[...] PREGUNTA: Diga si conoce al señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez, en caso afirmativo, desde cuándo y por qué lo conoce. CONTESTADO: Conozco al Dr. Edwin Mendiola desde el 2011, cuando entró a trabajar al Hospital San Andrés de Chiriguana como ginecólogo. PREGUNTADO: Señale si sabe si desde esa fecha que acaba de mencionar, las funciones que realizaba el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez en dicho hospital. Qué funciones realizaba dicho señor en ese hospital. CONTESTADO: El doctor era ginecólogo del área de consulta externa, cirugía, hospitalización, urgencias. PREGUNTADO: Indique si tiene conocimiento cómo fue la forma de vinculación y desvinculación del señor Mendiola Rodríguez en la citada institución hospitalaria. CONTESTADO: La forma de contratación es la de contrato de prestación de servicio. Sé que el doctor llegó un día a recibir el turno y cuando se encontró, ya no hacía parte, no estaba contratado. PREGUNTADO: Le consta si el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez recibía órdenes y directrices de algún jefe inmediato y si estaba sometido al cumplimiento de horarios. CONTESTADO: Recibía orden de la coordinadora médica que en ese momento era la doctora Emily Flórez y tenía un horario asignado. PREGUNTADO: Cuál era ese horario. CONTESTADO: Consulta había una semana que pasaba por consulta externa otra semana que pasaban por quirófano. PREGUNTADO: Más específico a ver. Diario como era el horario CONTESTADO: Había una semana que hacían consulta externa, esta semana que hacían consulta externa hacían de 8 a 1 de 8 a 12, quedaban disponibles en la urgencia en la noche y había otra semana que pasaba por quirófano, que eran las 24 horas del día»

En cuanto a las preguntas efectuadas por la parte demandante señaló:

«PREGUNTADO: Informe a este despacho, señora Alma, si conoce usted el periodo en que laboró el Dr. Edwin Henry Mendiola como ginecólogo en el Hospital San Andrés de Chiriguana. CONTESTADO: De septiembre del 2011 a junio del 2012. PREGUNTADO: Puede informar a este despacho si el Dr. Mendiola tenía un horario asignado y si tenía la obligación de acatarlo, cómo era ese horario y por quién era asignado. CONTESTADO: Él tenía un horario asignado, la coordinadora era la doctora Emily. El horario era la semana de consulta externa, una semana por quirófano, urgencias, hospitalización. PREGUNTADO: Cuando usted nos habla del horario, señora Alma, me hace el favor y le informa al despacho cuáles son las horas exactas

²³ CD a folio 407.

que se llevan esos turnos. CONSTADO: Pues en ese entonces el horario era de 8 a 1 la consulta externa y, a partir de las 5 de la tarde, ellos tomaban disponibilidad, había una semana que rotaban por quirófano. Dependiendo de las cirugías programadas que se le asignarán y las urgencias. [...] PREGUNTADO: Señora Alma sabe usted si el Dr. Mendiola recibía salarios y en qué lugar eran recibidos estos. CONTESTADO: Sí, él recibía salario igual en tesorería, donde le daban los cheques. PREGUNTADO: Informe a este despacho si existe diferencia entre los reglamentos de los médicos especialistas y los trabajadores de planta que se desempeñan en el Hospital San Andrés Chiriguaná. CONTESTADO: Los reglamentos, los reglamentos son los mismos, lo que existe diferencia en el horario que los empleados de nómina no hacen domingo ni festivo y noche, pero los reglamentos son los mismos. PREGUNTADO: Dígame a este despacho en el evento de que un médico especialista o un trabajador de planta necesite o el doctor Mendiola, en el caso puntual, necesitaba en ese momento realizar un permiso, ausentarse de su puesto de trabajo, cuál es el procedimiento a seguir y qué sucedía en el evento en que no presentará la excusa adecuada. CONTESTADO: Si uno necesitaba un permiso, se dirigían a la coordinadora médica, la doctora Emily o ellos buscaban entre ellos cuadrar quien les cubriera el turno en caso de no avisar, pues obvio que se formaba un caos porque ya había pacientes programados. PREGUNTADO: Señora Alma, informa este despacho desde que época o desde que año labora usted en el Hospital San Andrés Chiriguaná. CONTESTADO: Yo soy instrumentadora quirúrgica del año de 1997. PREGUNTADO: Por qué medio de vinculación. CONTESTADO: Yo soy nombrada. PREGUNTADO: Desde el año 97 que usted labora en el hospital se encuentra el hospital, ofreciendo o presenta actividad [...] en el área de ginecología. CONTESTADO: Sí señor. PREGUNTADO: Última pregunta, señora Alma, considera usted o dígame al despacho si los médicos especialistas son autónomos e independientes en las labores que desempeñan o por el contrario se encuentran subordinados. CONTESTADO: Ellos cumplen lo que les está asignado en el horario.»

Al contestar el interrogatorio de la apoderada de la parte demandada precisó:

«PREGUNTADO: Señora Alma, aquí estamos hablando de la coordinadora médica, que funciones como coordinadora médica cumple ella hacia los especialistas, o sea que es lo que ella debe hacer para coordinar las actividades. CONTESTADO: Pues ella cuadra un horario de acuerdo al servicio donde ellos les toca, donde están asignados [...], sea su consulta externa o sea las cirugías. PREGUNTADO: Fuera del horario o coordinar cómo van a llenar el turno, ella tiene alguna otra función, les da otra directriz en cuanto a lo especial, lo profesional, lo científico. CONTESTADO: No, no, no creo porque ella es médico general y ellos son especialistas, es muy difícil que ellos los coordinen en esa parte a ellos, dirigirlos a ellos en esa parte hay una diferencia. PREGUNTADO: Y para repetir, si un médico, un médico especialista se va a ausentar el llena el turno o si no lo hace y no avisó que pasa en el hospital, qué consecuencias trae. CONTESTADO: Como dije anteriormente se forma el caos, porque ya hay previamente consultas programadas, lo mismo que cirugías programadas y si ellos no avisan o no piden permiso hay que suspender un poco de procedimientos y de consulta externa de los pacientes. PREGUNTADO: Es decir, que ellos si no dan el aviso a la coordinadora médica, pero si encuentra quien le haga el turno, ellos pueden ausentarse CONTESTADO: Si ellos pueden ausentarse, si encuentran quien cubre el turno, o entre ellos mismos, claro, si se pueden ausentarse. PREGUNTADO: Señora Alma otra pregunta, cuántos días al mes laboraba el señor Edwin en el hospital CONTESTADO: Él estaba asignado 20 días. La mayoría de especialistas allá están contratados por 15 días, pero él tenía 20 días.»

De los dichos de los testigos la Corporación advierte que estos son incongruentes cuando señalan en un primer momento que el demandante recibía órdenes y directrices de la coordinadora médica, doctora Emily Flórez, sin dar cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se dictaban. Sin embargo, más adelante precisan que la coordinadora se encargaba únicamente de programar los

turnos de trabajo y comunicar los cambios que se presentaban en los horarios o en alguna de las instalaciones del hospital en relación con su especialidad.

En ese sentido, son contestes en destacar que la coordinadora médica para ese entonces era médico general y, por lo tanto, no tenía los conocimientos especializados para intervenir en la labor que realizaba el señor Mendiola Rodríguez o darle orientaciones u órdenes respecto a la labor desplegada, lo que ratifica aún más que la función que aquella desempeñaba se limitaba a programar los turnos de rotación para la adecuada prestación de los servicios médicos ofertados en la institución hospitalaria.

Además, para la Sala no resulta verosímil que un médico especializado en ginecología reciba para el desempeño de sus funciones órdenes de una médica general, pues ello implicaría que las decisiones que, en virtud de sus conocimientos especializados debía tomar para la prestación del servicio, estuviesen aprobadas por alguien que no tenía la formación profesional en la materia.

De igual forma, al atender a los cuestionamientos sobre el horario del demandante, la Corporación observa que el señor Imbreth Martínez afirmó que el libelista desarrollaba sus actividades en el turno que le era asignado por la coordinadora médica, mientras que la señora Rebolledo Mejía indicó que en la semana que hacían consulta externa hacían de 8 a 1 o de 8 a 12 y disponibilidad en la noche para urgencias y había otra semana que pasaba por quirófano, que eran las 24 horas del día; empero no se advierte que el citado horario o los turnos que le eran asignados, constituyan *per se* un factor para encontrar acreditada la relación laboral, puesto que puede corresponder, precisamente, a la forma en que debe desarrollarse la labor contratada o de la necesaria coordinación en la prestación de los servicios en la entidad.

En virtud de lo anterior, debe destacarse que los declarantes dan cuenta de la potestad que tenía el señor Mendiola Rodríguez para ausentarse de sus funciones y delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas ya sea al gestionar directamente con sus compañeros de trabajo quién iba a suplir su turno o, en su defecto, al informar de su ausencia a la coordinadora médica para que esta se encargara de su remplazo.

Ahora, en cuanto al material documental adosado al expediente se cuenta con el documento denominado «Modelo de Atención del Hospital Regional San Andrés de Chiriguana para el año 2012», del cual se lee en su capítulo 2, que entre los servicios ofertados en medicina especializada está el de Ginecología, especialidad en la cual el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez se desempeñó en esa entidad en razón de los contratos de prestación de servicios con ella celebrados y que, según el tribunal permite acreditar el elemento de la subordinación. No obstante, para esta subsección lo cierto es que de este no es posible extraer si en el cuerpo organizacional de la entidad existe un cargo de planta y que tuviese como funciones las desarrolladas por el libelista, situación que además es confirmada por el señor Imbreth Martínez en su declaración al afirmar que en la ESE no había ginecólogas de planta.

De otro lado, y pese a que las obligaciones contractuales que estaban a su cargo eran inherentes al giro ordinario de la ESE demandada, el corto período de duración e interrupción de los mencionados contratos de prestación de servicios, permite inferir que la celebración de los mismos eran de carácter transitorio, para cubrir necesidades en la prestación de los servicios de salud que en ese entonces

requería la institución hospitalaria aludida para las áreas de ginecología y obstetricia. En efecto, la Corporación considera que si bien la prestación de servicios de salud, como el desempeñado por el demandante, es una labor inherente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, no todos los servicios que estos prestan deben estar cubiertos por empleados públicos, pues el ordenamiento jurídico permite, excepcionalmente, celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades no puedan realizarse con el personal de planta de la entidad o se requieran de conocimientos especializados y para el caso de marras, estaban dadas ambas condiciones.

Por otra parte, la Subsección advierte que los cuadros de turnos aportados con la demanda no permiten inferir que ellos fueron definidos de manera unilateral por la entidad demandada, pues si bien la coordinadora era la encargada de programarlos, dicha actividad en nada impide que puedan modificarse a conveniencia del libelista y sin afectar el cabal cumplimiento de los servicios de salud que se veían beneficiados con la prestación de sus servicios, pues se reitera, tenía la facultad de delegar sus funciones en terceros, cuando requería ausentarse

En ese sentido, no puede decirse que existe una prueba reina para demostrar el elemento de la subordinación y dependencia continuada, pero esta Sala si ha considerado que para acreditar este elemento de la relación laboral deben aportarse aquellas que permitan demostrar fehacientemente que el contratista no ejercía su actividad para la cual fue contratado, en forma autónoma e independiente, sino que debía someterse ineludiblemente a las órdenes e instrucciones de funcionarios de la entidad, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que estos impusieran.

Lo anterior a través de, por ejemplo, los oficios, llamados de atención, memorandos de los cuales se advierta la imposición de órdenes e instrucciones sobre la forma de prestar el servicio más allá de lo que razonablemente debe realizar el contratista en virtud de la actividad, contratada; las que demuestren las sanciones o el uso del poder disciplinario del nominador por el incumplimiento de las funciones contratadas, el incumplimiento de un horario fijado exclusivamente por la entidad; las que acrediten el deber de disponibilidad permanente como los registros de llamadas y comunicaciones en ese sentido, y que superen lo contratado en caso de que por la actividad requerida así se necesitase; y en materia de testimonios, la asertividad, razonabilidad y completitud de los dichos de estos que permitan inferir la forma en que se exigía el cumplimiento de un horario no convenido con el contratista, la forma en que se daban las órdenes e instrucciones, las consecuencias de su incumplimiento, entre otras.

Sobre el particular, la Sala no evidencia ningún elemento probatorio que permita brindar certeza sobre la existencia de una relación laboral encubierta de los servicios prestados por el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez a la entidad demandada.

En primer lugar, salta a la vista que los sucesivos contratos suscritos son de corta duración, siempre van entre 20 y 21 días, lo que desdibuja la noción de continuidad en la prestación del servicio, que es precisamente una de las características de la relación laboral; además, en casi todos hay un espacio temporal que los desliga, es decir, la vinculación no es ininterrumpida, característica también de la relación laboral.

Por otra parte, en todos los contratos, aunque estaba la prohibición de ceder total o parcialmente el contrato, esto de todas maneras podía hacerse con la sola condición de que se contara con el consentimiento previo de la entidad.

Como si quedaran dudas de la ausencia de subordinación, estaba estipulado en los contratos una cláusula, la de «CONTROL DE LAS ACTIVIDADES» (en casi todos, la cláusula octava) según la cual, a pesar de que la entidad contratante debía ejercer el control de la ejecución del contrato, podía sin embargo «*concertar con el contratista los días y horarios en que se realizarán las actividades*», todo lo cual da a entender que la subordinación o dependencia que se atribuye el demandante, no existía, y se ve a las claras que tenía poder de disposición de su tiempo en el cumplimiento de las actividades a las cuales se comprometió, incluso podía sugerir su reemplazo.

En conclusión: La Subsección reitera que, como en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral, y en el presente caso, el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez no logró demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente la subordinación y dependencia continuada, considera esta Corporación que la sentencia de primera instancia deberá revocarse.

Tercer problema jurídico

¿El señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez tienen derecho al pago de los servicios profesionales prestados como especialista en ginecología durante el primer trimestre del año 2012?

Al respecto se sostendrá la siguiente tesis: en el caso del señor Edwin Herney Mendiola Rodríguez no hay lugar a ordenar al pago de los honorarios pactados por la prestación de los servicios prestados entre enero y marzo de 2012, por valor de veinticuatro millones seiscientos veinticuatro mil pesos (\$24.654.000). Lo anterior se sustenta en las siguientes razones:

En primer lugar, se observa que el Gerente de la E.S.E. Hospital San Andrés de Chiriguaná, cuando dio respuesta al derecho de petición del accionante, reconoció que le debía el dinero que reclamaba; explicó que «no han sido cancelados porque en el área de Tesorería no reposa la cuenta de cobro correspondiente». No dijo a cuánto ascendía la deuda.

En segundo término, el Jefe de Recursos Humanos de la misma entidad, Yimi Dajil Benjumea, expidió constancia de la efectiva prestación del servicio durante el periodo que se menciona, «[...] del 11 de septiembre de 2011 al 31 de marzo de 2012, laborando 20 días al mes del 11 de cada mes al 30 o 31 del mismo mes y devengando la suma de QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL PESOS (\$587.000) diarios [...]». Hechas las cuentas son 42 días a \$587.000, para un total de \$24.654.000.

En tercer lugar, se advierte que las partes conciliaron prejudicialmente el pago de la suma antes referida, acuerdo que fue conocido por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar quien lo improbió bajo los siguientes razonamientos²⁴:

²⁴ Resumen efectuado por el Tribunal Administrativo del Cesar en providencia del 7 de febrero de 2013, que resolvió el recurso interpuesto contra la providencia de primera instancia.

«por cuanto no se arrimó acta del comité de conciliación de la entidad, en el que previamente se haya estudiado la situación de cada uno de los interesados; adicionó que las constancias arrimadas no tienen el nombre del funcionario que la suscribe y la firma es ilegible, por lo que no puede determinarse la idoneidad del servidor para emitir esa clase de constancias, y; finalmente sostuvo que el material probatorio es precario para poder afirmar que la relación contractual entre las partes existió».

La anterior decisión fue confirmada por el Tribunal Administrativa del Cesar en auto del 7 de febrero de 2013 por la «informalidad de los datos aportados por los interesados, tanto con la solicitud inicial como con el escrito de apelación, es tal que no permite establecer con precisión cuáles fueron los días laborados, por qué razón no existen herramientas contractuales que les garantizara el recaudo de la prestación de sus servicios»²⁵.

Ahora, en el proceso que nos ocupa, la parte demandante, además de pretender se reconozca la existencia de una relación laboral encubierta, que de paso se reitera, no se demostró su configuración, busca también se declare que tiene derecho al reconocimiento de los honorarios correspondientes a los meses de enero a marzo de 2012.

En ese sentido, se podría considerar, en principio, que hay suficientes elementos para encontrar probado el derecho que le asiste al aquí libelista respecto al reconocimiento de los mentados honorarios, ello en virtud del reconocimiento de la entidad demandada de la existencia de la obligación y de su intención de conciliar con el demandante.

No obstante lo anterior, la Sala considera que en el presente caso no hay lugar a ordenar el pago de los citados honorarios, en tanto que en el sub examine no obra prueba de que para el referido periodo existiese una vinculación contractual entre el señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez.

En efecto, del proceso se infiere que el demandante prestó sus servicios entre el 11 de enero y el 27 de marzo de 2012, pero no se aportaron los contratos en tanto que estos no fueron suscritos por las partes.

Sobre el particular, la Sala advierte que la situación del señor Edwin Henry Mendiola Rodríguez no se ajusta a ninguna de los casos excepcionales en los que la Sección Tercera de esta Corporación ha admitido en los que procede la *actio in rem verso*²⁶, entre los cuales se encuentran:

«la Sala admite hipótesis en las que resultaría procedente la *actio de in rem verso* sin que medie contrato alguno pero, se insiste, estas posibilidades son de carácter excepcional y por consiguiente de interpretación y aplicación restrictiva, y de ninguna manera con la pretensión de encuadrar dentro de estos casos excepcionales, o al amparo de ellos, eventos que necesariamente quedan comprendidos dentro de la regla general que antes se mencionó.

Esos casos en donde, de manera excepcional y por razones de interés público o general, resultaría procedente la *actio de in rem verso* a juicio de la Sala, serían entre otros los siguientes:

²⁵ Según se advierte de auto del 7 de febrero de 2013, que resolvió la apelación contra la decisión de improbar el acuerdo conciliatorio, obrante a folios 345 a 350

²⁶ Sobre el particular ver sentencia del 19 de noviembre de 2012 proferida en el proceso con radicación 73001-23-31-000-2000-03075-01 (24897). Manuel Ricardo Pérez Posada contra el municipio de Melgar.

- a) Cuando se acredite de manera fehaciente y evidente en el proceso, que fue exclusivamente la entidad pública, sin participación y sin culpa del particular afectado, la que en virtud de su supremacía, de su autoridad o de su *imperium* constriñó o impuso al respectivo particular la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio, por fuera del marco de un contrato estatal o con prescindencia del mismo.
- b) En los que es urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios, suministros, ordenar obras con el fin de prestar un servicio para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud, derecho este que es fundamental por conexidad con los derechos a la vida y a la integridad personal, urgencia y necesidad que deben aparecer de manera objetiva y manifiesta como consecuencia de la imposibilidad absoluta de planificar y adelantar un proceso de selección de contratistas, así como de la celebración de los correspondientes contratos, circunstancias que deben estar plenamente acreditadas en el proceso contencioso administrativo, sin que el juzgador pierda de vista el derrotero general que se ha señalado en el numeral 12.1 de la presente providencia, es decir, verificando en todo caso que la decisión de la administración frente a estas circunstancias haya sido realmente urgente, útil, necesaria y la más razonablemente ajustada a las circunstancias que la llevaron a tomar tal determinación.
- c) En los que debiéndose legalmente declarar una situación de urgencia manifiesta, la administración omite tal declaratoria y procede a solicitar la ejecución de obras, prestación de servicios y suministro de bienes, sin contrato escrito alguno, en los casos en que esta exigencia imperativa del legislador no esté excepcionada conforme a lo dispuesto en el artículo 41 inciso 4º de la Ley 80 de 1993.

12.3. El reconocimiento judicial del enriquecimiento sin causa y de la *actio de in rem verso*, en estos casos excepcionales deberá ir acompañada de la regla según la cual, el enriquecimiento sin causa es esencialmente compensatorio y por consiguiente el demandante, de prosperarle sus pretensiones, sólo tendrá derecho al monto del enriquecimiento. Ahora, de advertirse la comisión de algún ilícito, falta disciplinaria o fiscal, el juzgador, en la misma providencia que resuelva el asunto, deberá cumplir con la obligación de compulsar copias para las respectivas investigaciones penales, disciplinarias y/o fiscales.»

En consecuencia, para la Sala no hay lugar a ordenar al pago de los honorarios pactados por la prestación de los servicios prestados entre enero y marzo de 2012

En conclusión: El señor Mendiola Rodríguez no tiene derecho al reconocimiento y pago de los honorarios correspondientes al primer trimestre del año 2012, y por consiguiente resulta irrelevante entrar a resolver los subsiguientes problemas jurídicos.

Decisión de segunda instancia

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección revocará la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del César, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

Condena en costas

Esta Subsección en providencias de 7 de abril de 2016²⁷, sobre la condena en costas en vigencia del CPACA, determinó el criterio objetivo-valorativo, para la imposición de condena en costas, bajo los siguientes fundamentos:

²⁷ Al respecto ver sentencia de 7 de abril de 2016, expedientes: 4492-2013, actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP²⁸, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

De conformidad con lo expuesto, la Sala condenará en costas en esta instancia a la parte demandante toda vez únicamente prosperaron los argumentos de apelación de la parte demandada y se encontró acreditada su causación en tanto la entidad presentó alegatos de conclusión ante esta Sección.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Revocar la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del César, mediante la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho promovió la señora Edwin Henry Mendiola Rodríguez contra la ESE Hospital San Andrés de Chiriguana. En su lugar,

Segundo: Negar las pretensiones de la demanda.

²⁸«ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]».

Tercero: Condenar en costas en esta instancia en favor de la parte demandada y a cargo del demandante, por las razones brevemente expuestas. La liquidación de las mismas estará a cargo del a quo.

Cuarto: Por secretaría, desglosar e incorporar el memorial de alegatos al recurso de apelación visible a folios 522 a 533 del cuaderno 2, allegado por el Departamento del Atlántico, para el proceso con radicado 08001-33-33-001-2014-00133-00, en donde figura como demandante Olga Amalia Barraza Escalilla, y demandado Nación- Ministerio de Educación Nacional, Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y otros.

Quinto: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones correspondientes en la plataforma del Consejo de Estado denominada «SAMAI».

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Subsección en la sesión de la fecha.

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ
Firmado electrónicamente

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Firmado electrónicamente

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ
Firmado electrónicamente

La anterior manifestación fue firmada electrónicamente. La autenticidad e integridad de su contenido pueden ser validadas escaneando el código QR que aparece a la derecha, o accediendo a la dirección <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/> donde deberá ingresar el código alfanumérico que aparece en el acto de notificación o comunicación.

