

Señores:

JUZGADO SEXTO (06) ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE PASTO (NARIÑO)

adm06pas@cendoj.ramajudicial.gov.co

REFERENCIA:	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	JHON DIEGO TOBAR VASQUEZ
DEMANDADO:	EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO PASTO SALUD E.S.E
RADICADO:	52-001-33-33-006- 2019-00119-00

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi calidad de apoderado de **LIBERTY SEGUROS S.A.** conforme al memorial poder que ya obra en el expediente, comedidamente manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido, y encontrándome dentro del término legal, procedo a presentar los respectivos **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**, solicitando desde ya que se profiera **SENTENCIA FAVORABLE** a los intereses de mi representada, desestimando las pretensiones de la parte actora y declarando probadas las excepciones propuestas al momento de contestar la demanda y el llamamiento en garantía.

I. OPORTUNIDAD

En audiencia llevada a cabo el pasado primero (01) de agosto de 2024, se resolvió dar por precluido el periodo probatorio corriéndose traslado a las partes por el término común de diez (10) días para presentar los alegatos de conclusión, los cuales transcurrieron de la siguiente forma: 02, 05, 06, 08, 09, 12, 13, 14, 15 y, 16 de agosto de 2024. En este sentido, se colige que el presente escrito de **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE PRIMERA INSTANCIA** es radicado dentro del tiempo previsto para tal efecto.

II. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

SE AGOTÓ LA SUMA ASEGURADA EN LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO EN FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 2608106, LO QUE CONLLEVA A LA IMPOSIBILIDAD DE CONDENAR A MI REPRESENTADA EN EL PRESENTE CASO

No existe obligación indemnizatoria a cargo de mi representada, toda vez que se agotó la disponibilidad de la suma asegurada de **la Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106** por la configuración de otros siniestros. Así mismo, en el expediente ciertamente no se acreditó el derecho a que se reconozca la existencia de un contrato realidad entre

la ESE y el aquí demandante, por ende, no hay lugar a reconocimiento de ningún tipo de prestaciones económicas. En ese sentido, no hay elementos para afectar el contrato de seguros vinculado, máxime cuando no se encuentra disponible la suma asegurada. En consecuencia, existe una evidente falta de legitimación en la causa material por pasiva de la compañía aseguradora, por cuanto la póliza vinculada no ofrece disponibilidad en la suma asegurada tal y como se ha señaló anteriormente.

De tal manera, además de que el contrato no ofrece cobertura material, se agotó la disponibilidad de la suma asegurada, es decir, no podrá predicarse la obligación indemnizatoria al no cumplirse las condiciones bajo las cuales se pactó el negocio jurídico documentado en la **Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106**. Por lo tanto, hay una evidente falta de legitimación en la causa por pasiva.

Así pues, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1079 del Código de Comercio, el asegurador estará obligado a responder únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“ARTÍCULO 1079. <RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA>. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074”.

Lo anterior aplica sin excepción y en concordancia con el carácter meramente indemnizatorio de esta clase de pólizas, consagrado en el artículo 1088 ibídem, que establece que los seguros de daños serán contratos de mera indemnización y jamás podrán constituirse en fuente de enriquecimiento.

Al respecto, es necesario recordar que el Código de Comercio en su artículo 1111 estableció lo siguiente:

“Artículo 1111. Reducción de la suma asegurada. La suma asegurada se entenderá reducida, desde el momento del siniestro, en el importe de la indemnización pagada por el asegurador”.

En ese entendido, resulta procedente que se desvincule a mi representada del proceso de reparación directa de la referencia, puesto que en el hipotético caso en el que se profiriera sentencia desfavorable y se afecte la póliza mencionada, esta no tendría la obligación de responder al haberse agotado la disponibilidad del valor asegurado. Al respecto, es válido traer a colación lo señalado por la Corte Constitucional¹ sobre el principio de nadie está obligado a lo imposible:

“No obstante, las exigencias sustanciales de la respuesta, que en últimas se resumen en el hecho de que la misma sea de fondo, no podrían desconocer la incidencia de eventualidades que obstaculicen o impidan su cumplimiento, en vigor de aquella máxima del derecho que ordena: “nadie está obligado a lo imposible.” En este sentido, cuando se aduzcan motivos que reflejen la imposibilidad de la administración para dar respuesta a la petición con base en circunstancias que desborden las posibilidades y la voluntad del

sujeto, ora porque se trate de asuntos de competencia privativa de otra autoridad, ora porque acaezcan hechos que sobrepasen la esfera de dominio humano, éste estaría eximido de la obligación de ofrecer una respuesta materialmente conexa”.

Aunque el caso es relacionado con la imposibilidad frente a una petición, esa explicación por parte de la Corte Constitucional, aterrizada al presente proceso, demuestra que ante hechos que acaezcan y sobrepasen la esfera de dominio humano, resulta imposible su exigencia, por ende, es claro que dentro del presente proceso se debe desvincular a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, en atención a que, como se ha reiterado en el presente escrito, la suma total asegurada ya fue agotada y no hay disponibilidad para que sea afectada nuevamente, por ende, ante una eventual condena desfavorable mi prohijada no estaría llamada a responder.

De acuerdo con lo anterior, **LIBERTY SEGUROS S.A.** en cumplimiento del contrato de seguro, ha efectuado diversos pagos de perjuicios a favor de la entidad asegurada derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del tomador de la póliza, es decir, en beneficio de la Sociedad DYNAMIK S.A.S. en la que se aseguró a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO PASTO SALUD E.S.E., por lo que debe entenderse que el valor asegurado alcanzo su límite y/o tope.

En la Póliza de Seguro de Cumplimiento No. 2608106 sobre el cual se erige el llamamiento en garantía de mi representada, se aseguraron las siguientes sumas:

AMPARO		VR.ASEGURADO	VIGENCIA
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO	COP	1,236,819,788	2016-01-01 2017-04-30
CALIDAD DEL SERVICIO	COP	618,409,894	2016-01-01 2017-04-30
.SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES	COP	618,409,894	2016-01-01 2019-12-31
TOTAL VR.ASEGURADO COP		2,473,639,576.00	

Frente a lo anterior, en la cláusula 4 del contrato de seguro No. 2608106, respecto de la suma asegurada, se pactó lo siguiente:

“4. SUMA ASEGURADA: La suma asegurada, determinada para cada amparo en la carátula de esta póliza, delimita la responsabilidad máxima de Liberty en caso de siniestro”

En consecuencia, el límite máximo de responsabilidad de la aseguradora por los daños y perjuicios que se llegaren a reclamar durante la vigencia de la póliza en relación al amparo de **pago de salarios y prestaciones**, a causa de la configuración de los siniestros amparados en la misma, es la suma establecida en su respectiva carátula, en la cual se estableció un límite máximo de **\$618.409.894, valor que se agotó debido a los doscientos dos (202) siniestros ocurridos y pagados en vigencia de la Póliza No. 2608106. En el año 2017 se pagó por los siniestros un total de \$91.880.134 mientras que en 2018 un valor de \$526.529.760.**

A continuación, se relacionan las reclamaciones que se han hecho al comentado contrato de

seguro:

No Siniestro	Amparo	Valor Pagado	Estado
BO-2017-9-8	SALARIOS PRESTACIONES E INDEMNIZAC	\$91,880,134	PAGADO Y CERRADO
BO-2018-9-3	SALARIOS PRESTACIONES E INDEMNIZAC	\$526,529,760	PAGO EN TRAMITE
BO-2018-9-11	Cumplimiento de Contrato	\$0	AVISADO COMPLETO
BO-2018-9-12	Cumplimiento de Contrato	\$0	AVISADO COMPLETO

Es así como el valor asegurado en el comentado contrato de seguro que se había pactado en la suma de **\$618.409.894** en relación al amparo de **pago de salarios y prestaciones** -único amparo que podría afectarse en consideración a las pretensiones de la demanda- para la vigencia 01/01/2016 al 01/01/2019, se encuentra **AGOTADO** en razón a los múltiples pagos que se han hecho por cuenta de la referenciada relación aseguraticia es así como a la fecha LIBERTY SEGUROS S.A. ha cumplido con las obligaciones establecidas en la póliza de cumplimiento, efectuando el pago de perjuicios que se le han causado a la entidad asegurada EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO PASTO SALUD E.S.E., razón por la cual, en el remoto e hipotético evento en que LIBERTY SEGUROS S.A. resultara obligada a pagar algún tipo de valor económico en virtud de la relación contractual previamente explicada, le solicito al despacho que analice la certificación de agotamiento de la suma asegurada que se anexa con este escrito presentado en la oportunidad correspondiente.

Así las cosas y habiéndose agotado el valor asegurado en la póliza que sirvió de base para la vinculación de **LIBERTY SEGUROS S.A.** al presente proceso, de manera comedida le solicito al Juez de instancia absolver a la compañía que representó en virtud del evidente agotamiento en su totalidad del contrato de seguro materializado en la **Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106**. Ya que carece de **legitimación en la causa material por pasiva**.

III. **ANÁLISIS PROBATORIO FRENTE AL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA**

1. **SE PROBÓ LA AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES No. 2608106**

La **Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106** no ofrece cobertura material para los hechos objeto del presente litigio. Lo anterior, toda vez que el contrato de seguro ampara los eventuales incumplimientos de las obligaciones laborales en que haya incurrido el contratista respecto al personal dispuesto para el objeto contratado y generen una consecuencia negativa a favor de la **ESE PASTO SALUD** de considerarse a ésta última como beneficiaria del contrato, en el plano del Art. 34 del CST. Situación que claramente no ha ocurrido ni mucho menos se probó dentro del plenario, toda vez que el contratista pagó a la aquí demandante todos los honorarios y prestaciones a las que hubo lugar, por ende, a la fecha no le adeuda ni es merecedora de ningún saldo a su favor. Por lo tanto, la póliza vinculada no ofrece cobertura material y no podrá afectarse.

El riesgo que se cubre por medio de la **Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106** es la afectación que llegará a sufrir el patrimonio **ESE PASTO SALUD** ante la declaratoria de solidaridad frente al pago de salarios y prestaciones sociales que hubiere incumplido la entidad contratista, esto es, el contratista de cara a los trabajadores que ésta última vincule para la ejecución del contrato asegurado.

Lo anterior, se desprende del contenido literal del amparo de PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES:

1.5 AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES.

EL AMPARO DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES CUBRIRÁ A LA ENTIDAD ESTATAL CONTRATANTE DE LOS PERJUICIOS QUE SE LE OCASIONEN COMO CONSECUENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES LABORALES A QUE ESTÉ OBLIGADO EL CONTRATISTA GARANTIZADO, DERIVADAS DE LA CONTRATACIÓN DEL PERSONAL UTILIZADO PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO AMPARADO EN EL TERRITORIO NACIONAL.

Así las cosas, es claro que **el contrato de seguro no ampara los incumplimientos en los que directamente llegare a incurrir la ESE PASTO SALUD frente al pago de acreencias laborales de sus trabajadores, como erróneamente lo pretende hacer ver el asegurado.**

En este punto, debe tenerse en cuenta que en la demanda se pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y **ESE SALUD DE PASTO** y que, como consecuencia de ello, se condene a esta entidad al pago las supuestas acreencias laborales adeudadas. Conforme a lo expuesto anteriormente, **si el Despacho llegare a acoger las pretensiones del demandante declarando la existencia de una relación laboral subordinada entre el demandante la ESE PASTO SALUD, la Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales**

No. 2608106 no tendría cobertura alguna, pues como bien de ilustró con anterioridad, para que este contrato de seguro tenga cobertura, quien debe tener la calidad de empleador es la DINAMIK S.A.S. y no ESE PASTO SALUD.

Aunado a todo lo anterior, se encuentra igualmente configurada la ausencia de cobertura temporal, bajo el entendido que lo que se pretende en el presente asunto es declarar una relación laboral entre la ESE PASTO SALUD y el demandante, de modo tal que no se está discutiendo el incumplimiento de obligación laboral alguna a cargo del contratista. Adicionalmente, la póliza está llamada a amparar los perjuicios ocasionados a la ESE por el incumplimiento del contratante, más no el incumplimiento de la ESE PASTO SALUD de sus obligaciones laborales y la tercerización que de ella se podría predicar.

En conclusión, la **Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106** no ofrece cobertura material, por cuanto el contrato de seguro ampara los eventuales incumplimientos de las obligaciones laborales en que haya incurrido el contratista respecto al personal dispuesto para el objeto contratado y generen una consecuencia negativa a favor de la **ESE PASTO SALUD** de considerarse a ésta última como beneficiaria del contrato, en el plano del Art. 34 del CST. Por ende, el despacho deberá absolver a **LIBERTY SEGUROS S.A.** del presente asunto.

2. SE PRÓBO LA INEXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE LIBERTY DE SEGUROS S.A.

Dentro del expediente no obra prueba fehaciente que permita determinar que al señor Jhon Diego Tobar Vásquez no se le cancelaron debidamente los salarios y prestaciones sociales como pretende hacer ver, incluso de que su labor contratada se tratase de un vínculo laboral con la **ESE PASTO SALUD**, es así, que ante la inexistencia de material probatorio, no es viable que el despacho acceda a las pretensiones de la demanda, ya que con ello se estaría incurriendo en un agravio injustificado en contra de mi representada y la **ESE PASTO SALUD**, como también un enriquecimiento ilícito a la parte demandante.

Así las cosas, es notable el afán de lucro que tienen la parte demandante incoando demanda laboral, cuando no existen los presupuestos laborales para tener certeza de que efectivamente el señor Jhon Diego Tobar Vásquez, se encontraba bajo el vínculo de un contrato laboral y que la empresa afianzada **DINAMIK SAS** omitió el pago de salarios y prestaciones sociales, por ende, es inviable la prosperidad de una condena en contra de la entidad asegurada **ESE PASTO SALUD** y mi representada.

Ahora bien, es menester indicar que la **Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106** tiene por objeto *“el garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato No. 001-2016”*, (negrilla fuera del texto original), es

decir que esta póliza ampara los perjuicios que podría sufrir la entidad contratante como consecuencia del incumplimiento por parte del contratista de las obligaciones laborales contraídas por este con los trabajadores por el vinculados para el desarrollo del contrato afianzado.

Por lo anterior, la póliza no podrá ser afectada, por cuanto **ESE SALUD PASTO** no ha sido afectada económicamente, es decir hay una inexigibilidad de la obligación a cargo de mi prohijada al no cumplirse con los presupuestos contratados en la póliza vinculada, en razón a que la misma solo opera si se produce un incumplimiento durante su vigencia, en el pago de salarios y prestaciones sociales a cargo de la empresa afianzada DINAMIK SAS a sus trabajadores siempre y cuando ello llegare a generar algún perjuicio patrimonial a la empresa asegurada **ESE SALUD PASTO**.

En consecuencia, mi representada **LIBERTY SEGUROS S.A.** no tiene deber contractual de pagar suma alguna al demandante por los conceptos que pretende.

3. SE PRÓBO LA AUSENCIA DE COBERTURA PARA EL PAGO DE INDEMNIZACIONES, INTERESES Y/O SANCIONES EN EL CONTRATO DE SEGURO.

Es menester indicar al despacho, sin que ello implique aceptación de responsabilidad u obligación alguna a cargo de mi procurada, que en el remoto evento en que se produzca una condena en contra de mi representada, el Juzgador deberá ceñirse a las condiciones particulares y generales que fueron pactadas en la póliza contratada, los límites asegurados para cada uno de sus amparos, la vigencia de los mismos y en general con el objeto de la garantía del contrato de seguro tomado por **DINAMIK SAS** y en el cual se ha inscrito como beneficiario y/o asegurado a **ESE SALUD PASTO**.

Es menester indicar que mi procurada, de conformidad con lo establecido en las condiciones generales, únicamente está obligada a cubrir los amparos que se encuentran expresamente incluidos en la caratula de **la Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106** y durante la vigencia pactada.

En ese orden de ideas, los riesgos que se ampararon, en el caso de **la Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106** concretamente son el de “Cumplimiento, Calidad del Servicio, Salarios y Prestaciones Sociales”, ultimo que operaría en el evento en el que **ESE SALUD PASTO** deba responder por los salarios y prestaciones a que estaba obligada DINAMIK SAS, que como tal es a quien la aseguradora afianza ante la ESE SALUD PASTO, relacionadas con los trabajadores utilizados DINAMIK SAS en la ejecución del contrato afianzado, durante la vigencia de la póliza.

Luego sólo en el remoto evento de que la ESE SALUD PASTO, tenga que responder por condena alguna, **debe tenerse en cuenta que la compañía de seguros únicamente cubriría las sumas**

por concepto de los salarios y prestaciones sociales insolutos del trabajador de la entidad afianzada, generados durante la vigencia de la póliza y en ejecución de los contratos afianzados, es decir si jurídicamente surgiera el deber de la ESE SALUD PASTO de responder por el mencionado concepto, pues LAS INDEMNIZACIONES, SANCIONES, DEVOLUCIÓN DE APORTES SOCIAL OPERATIVO, DEVOLUCIÓN DE LOS PAGOS REALIZADOS POR CONCEPTO DE COTIZACIONES AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, DOTACIONES DE VESTIDOS Y CALZADO Y EN GENERAL CUALQUIER OTRO CONCEPTO APARTADO DEL AMPARO YA MENCIONADO, SE ENCUENTRAN FUERA DE LA COBERTURA QUE MI REPRESENTADA OTORGÓ MEDIANTE EL CONTRATO DE SEGURO.

IV. FRENTE A LA DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD SOLICITADA POR EL DEMANDANTE

1. AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS NECESARIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UN CONTRATO DE TRABAJO ENTRE EL DEMANDANTE Y LA E.S.E. PASTO SALUD

El apoderado de la parte demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre la **E.S.E. PASTO SALUD** y su mandante, argumentando que el actor, en ejecución del contrato de prestación de servicios, actuó como trabajador de la **E.S.E. PASTO SALUD**. Al respecto debe reseñarse que esta solicitud resulta abiertamente improcedente si se tiene en cuenta, que se encuentra acreditado entre la demandante y la **ESE** no se ha configurado una relación laboral.

Ahora bien, con relación a la ausencia de prueba que acredite que entre el demandante y la **E.S.E. PASTO SALUD** se hubiere configurado una relación laboral, es preciso reseñar que, le correspondía al demandante, por intermedio de su apoderado, enseñar: 1) la prestación personal del servicio; 2) la remuneración; 3) el carácter permanente del cargo ocupado; y sobre todo 4) la subordinación, sin embargo, tales circunstancias brillaron por su ausencia porque no se acreditó ninguno de ellos. Ahora bien, para encontrar probado el contrato realidad, depende del demandante enseñar los elementos del vínculo laboral. Veamos:

“De lo anterior se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado “contrato realidad” aplica cuando se constata en juicio

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 propia de las relaciones laborales¹ (negrilla y subrayado por fuera del texto original)”.

Frente a lo manifestado por la parte demandante respecto al cumplimiento de un horario por parte del señor Jhon Diego Tobar para el cumplimiento de sus funciones; se precisa que situaciones como el cumplimiento de un horario o recibir instrucciones sobre la ejecución del contrato no constituyen por sí solas, un indicio de la subordinación o dependencia continuada, ello en tanto que dichas acciones pueden corresponder, precisamente, a la forma en que debe desarrollarse la labor contratada, es decir, hacen parte de la necesaria coordinación en la prestación de los servicios. Sobre este último punto, recuérdese que el Consejo de Estado en providencia del 26 de mayo de 2022 radicado interno 1272-2021, Consejero Ponente César Palomino Cortés concluyó que el contrato de prestación de servicios, se encuentra previsto en la legislación, cuyo propósito se limita a labores ocasionales, accidentales y que exijan conocimientos especializados e independencia y autonomía técnica y científica del contratado, siendo factible que se presente coordinación entre las partes contratantes.

Visto lo anterior, es claro que la parte demandante con el ineficaz material probatorio que ha aportado, de ninguna forma ha demostrado la subordinación como elemento principal de la supuesta relación laboral que pretende le sea reconocida en sede de instancia. Por el contrario, intenta demostrar que laboró varios años para la entidad demandada desarrollando un tipo de funciones, que fueron determinadas en el contrato de prestación de servicios y que no podían ser desarrolladas por los funcionarios de planta, pese a ello pretende que le sean reconocidos diferentes prestaciones laborales que de ninguna forma no sólo no están probadas sino que además, no fueron derechos que nacieran a la vida jurídica, en tanto nunca se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Al respecto, el Consejo de Estado en diferentes pronunciamientos, como corresponde al caso estudiado en la sentencia del 26 de septiembre de 2019 ² señaló que: “quien pretende demostrar la existencia de una relación laboral tiene la carga de demostrar fehacientemente la configuración de sus tres elementos... en tanto que la sola afirmación del cumplimiento de un horario y la coordinación para ello entre las partes contractuales, a juicio de esta Corporación, no son suficientes para llegar al grado de certeza sobre la existencia del contrato realidad...”

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda (2016). Radicación Número: 230012333000201300260 01 (0088-15), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCION “A”, Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ, Providencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), Radicación número: 25000- 23-25-000-2011-01310-02(5133-16).

A su vez, en un caso muy similar al que estamos debatiendo en el que el demandante solo se limita a afirmar que los contratos de prestación de servicios camuflan la existencia de una relación laboral, el Consejo de Estado decidió desestimar las pretensiones de la demanda argumentando enfáticamente lo siguiente:

*“Así las cosas, se advierte que la parte demandante en el presente asunto se limitó a afirmar que los contratos de prestación de servicios suscritos entre él y la E.S.E. Hospital San Pío X camuflan la existencia de una verdadera relación laboral toda vez que debía cumplir un horario como los demás empleados de planta de la institución, sin embargo, ello no es suficiente para acreditar la existencia del elemento de la subordinación, pues la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que **el solo cumplimiento de un horario no constituye un indicio de la subordinación o dependencia, y que dicha situación también puede encontrarse en una relación de coordinación.** Al respecto, en jurisprudencia reciente se ha dicho lo siguiente:*

“[...] Para el efecto, resulta pertinente advertir que situaciones tales como cumplir un horario, recibir instrucciones sobre la ejecución del contrato o presentar informes respecto a este, no configuran por sí solos una relación de subordinación o dependencia continuada, ello en tanto que dichas acciones pueden corresponder, precisamente, a la forma en que debe desarrollarse la labor contratada, es decir, hacen parte de la necesaria coordinación en la prestación de los servicios.

Lo anterior, toda vez que hay actividades que deben, necesariamente, surtirse en determinados horarios o periodos que implican coordinar entre contratante y contratista su ejecución. Asimismo, tampoco se puede pasar por alto que, el hecho de que la vinculación sea contractual, aquel que contrata el servicio no pueda ejercer un grado mínimo de vigilancia respecto al desarrollo de la labor contratada.³

Por lo expuesto, la Sala considera que en el presente asunto la parte demandante no cumplió con la carga argumentativa y probatoria para demostrar la configuración de los elementos propios del contrato realidad, especialmente el de subordinación, por lo que no se logró desvirtuar la legalidad de los actos administrativos demandados⁴.

Lo anterior a la luz del presente caso significa que resultaba válido que la prestación del servicio que realizaba el señor Jhon Diego Tobar Vásquez estuviera coordinada por el contratante, incluso recibir instrucciones de este en tanto tales circunstancias se precisan necesarias para desarrollar el objeto contractual, pero esto por sí solo no implica una subordinación en los términos de un contrato de trabajo, como quiera que es apenas lógico que ambas partes propendan por el adecuado desarrollo de las obligaciones contractuales, de ahí que sea necesario coordinar las condiciones en que el mismo deba ejecutarse.

Ha señalado el Consejo de Estado que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de

³ Ver sentencia del 21 de junio de 2018 con ponencia del suscrito Consejero, William Hernández Gómez. Radicación 81001233300020120002801 (2706-2014) donde actuó como demandante el señor Rafael Antonio Aguirre Herrera, en contra de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B” Consejero ponente: CÉSAR PALOMINO CORTÉS Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil diecinueve (2019) Radicación número: 05001-23-31-000-2005-01048- 01(4520-13) Actor: ÁLVARO FRANCO RICAURTE Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN PÍO X DEL MUNICIPIO DE CARACOLÍ – ANTIOQUIA Referencia: CONTRATO REALIDAD

recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación:

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

Quiere decir lo anterior, que al contrato de prestación de servicios no le es ajeno la coordinación de los servicios que se prestan, en tanto lo que se busca es la ejecución adecuada de las obligaciones contratadas, de allí que se requiera coordinar y supervisar el desarrollo del objeto contractual, incluso estableciendo pautas para su ejecución, sin que ello implique una subordinación. En este sentido, la coordinación para la prestación adecuada del servicio por parte del señor Jhon Diego Tobar Vásquez era necesaria, en tanto debía verificarse el correcto cumplimiento de sus obligaciones en virtud del servicio contratado, lo que implicaba necesariamente que la ESE brindara pautas para precaver el cumplimiento del contrato, incluso el señalamiento de un horario para la prestación del servicio corresponde a una labor de coordinación y no de subordinación, en tanto que resulta necesario para las partes determinar la forma en que el contratista debía prestar su servicio.

En consecuencia, las instrucciones que pudieran ser dadas por parte del contratante no constituye per-se, una subordinación, pues como se indicó anteriormente, obedece a la facultad del contratante de coordinar las condiciones en que se desarrolla la prestación del servicio, incluso de supervisar los términos en que se ejecutaban, en tanto las obligaciones ya estaban comprendidas en los contratos que se suscribían, de tal suerte que no se dictaban órdenes, tan solo se verificaba el cumplimiento de las obligaciones contractuales con la presentación de la cuenta de cobro.

Ahora bien, respecto a la remuneración, deberá indicarse que en el contrato de prestación de servicios además de acordarse la ejecución de un servicio determinado en el objeto del contrato, se establece también y como es apenas lógico, el valor a pagar, es decir, aquella suma de dinero que el contratante cancela al contratista como contraprestación por el servicio ejecutado, sin que ello implique la configuración de un elemento esencial del contrato de trabajo, pues es claro que en ambos tipos de contratación se fija un precio, en el primero bajo el concepto de honorarios y en el segundo, bajo el concepto de salario. Finalmente, frente a la prestación personal de servicio, debe indicarse que en ninguno de los contratos suscritos por el señor Jhon Diego Tobar se prohibió la delegación o sustitución para la prestación del servicio contratado, en tanto dichos contratos observaron a cabalidad lo establecido en la Ley 80 de 1993.

En asuntos como el actual es imperante que la demandante enseñe el presunto vínculo. En sentencia reciente del Consejo de Estado se esclareció la carga probatoria en estos procesos:

*“...quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios con base en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, **tiene el deber de demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador existió subordinación o dependencia, entendida como facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.***

*Le correspondería en este caso a la demandante probar sin lugar a dudas, que sucedieron acatamiento de órdenes, cumplimiento de turnos y desempeño de funciones inherentes al objeto de la entidad en las mismas condiciones que los empleados de planta, prestación del servicio continua, permanente y habitual y no esporádico u ocasional, siendo dable colegir que se configuró el elemento de la subordinación, ya que cualquiera de estos factores visto aislada y desarticuladamente no constituyen per se la dependencia predicada del contrato laboral⁵. **(negrilla por fuera del texto original).***

Ninguna prueba hay en ese sentido, pues se advierte que dentro del escrito de la demandante y los medios probatorios adelantado en el proceso no acreditaron la supuesta subordinación o dependencia del demandante y la **E.S.E PASTO SALUD**. Es decir que la **ESE PASTO SALUD** no realiza ni mucho menos ejecutaba acciones de empleador directo sobre el señor Jhon Diego Tobar, pues de quien recibía órdenes y a quien tenía que entregarle informes era directamente a la empresa Dinamik o Multiactivos que fue la entidad que directamente la contrató. Por lo que no entiende el suscrito como es que, conociendo esta situación, el demandante incoa acción en contra de la **ESE PASTO SALUD** y esta empresa social del Estado nunca impartió ordenes o inició procesos disciplinarios como si lo hacía con sus trabajadores o funcionarios de carrera administrativa. Adicionalmente, la ESE no vigilaba ni controlaba los horarios del demandante o sus actividades, pues se reitera que estas situaciones las ejercieron las entidades terceras, sobre los cuales la ESE no tiene injerencia alguna.

El Juzgado Sexto Administrativo de Pasto en hechos similares contra la **ESE PASTO SALUD** negó las pretensiones de la demanda al considerar que no se acreditó la subordinación, en tal efecto señaló lo siguiente:

*(...) (ix)Valga resaltar que, si bien en gracia de discusión y tal como lo planteó la parte demandante en el libelo demandatorio, pese a su vinculación laboral con Dynamik, la subordinación en el desarrollo de las labores ejecutadas provenía de Pasto Salud ESE, al analizar dicha situación conforme a lo probado en el proceso, lo cierto es que, **esto no fue probado, pues sobre el particular no se aportó prueba documental, testimonial o alguna que dé cuenta de dicha situación, vgr. un llamado de atención, requerimiento o cumplimiento de órdenes que hubiese sido efectuadas por parte de Pasto Salud***

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda (2019). Radicación No. 44001-23-33-000-2013-00086-01 (0827-16), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

ESE. (...) ⁶ (negrilla por fuera del texto original).

En conclusión, deben negarse las pretensiones de la demanda porque probatoriamente no es posible verificar la existencia de un contrato realidad. Simplemente del acervo probatorio se constata una prestación de servicios, pero no lo atinente al elemento de la subordinación, que no solo exige el cumplimiento de un horario, sino que también: i) órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y ii) turnos.

De este modo, la parte demandante no logra encuadrar el vínculo contractual que tuvo con la ESE PASTO SALUD, con una relación de carácter laboral, dado que no pudo acreditar los elementos constitutivos para que se desvirtúen los contratos de prestación de servicios por los cuales siempre fue contratado, ya que cada uno de los contratos celebrados entre las partes siempre fue claro en cuanto se estipuló que era en tal calidad, estableciéndose indefectiblemente la fecha de inicio, fecha de terminación y valor de los mismos.

2. PRESCRIPCIÓN DE LOS SUPUESTOS DERECHOS LABORALES RECLAMADOS POR LA PARTE ACTORA

Ahora bien, si en gracia de discusión se tiene que debatir lo referente a la prescripción de los derechos reclamados, sin que signifique aceptación de responsabilidad alguna en cabeza de la entidad demandada o mi representada, de forma ilustrativa, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso de llegarse a nulificar el acto administrativo enjuiciado y se proceda a restablecer el derecho a la parte demandante, solo es posible reconocer prestaciones y salarios que dejó de percibir partiendo desde la reclamación hasta tres (3) años antes, pues respecto de los derechos laborales anteriores a este interregno es claro que operó el fenómeno de la prescripción extintiva.

En tal sentido, es importante manifestar lo expuesto por el Consejo de Estado en diversos análisis realizados frente al contrato realidad, un claro ejemplo de ello, es la sentencia 011-00400 de 2020⁷, C.P. Dr. César Palomino Cortés, mediante la cual indica lo siguiente:

“La prescripción en asuntos en donde se debate la primacía de la realidad sobre las formalidades, para concluir que la existencia de la relación laboral debe reclamarse dentro de los 3 años siguientes a la terminación del vínculo laboral, señalando que en relaciones contractuales con interrupción entre una y otra orden de prestaciones de servicios debe analizarse la prescripción a partir de las respectivas fecha de terminación, y no se aplica para los aportes para pensión por constituir una prestación periódica.”

Conforme a lo anterior, es claro que los derechos objeto de la controversia han prescrito, por lo cual, como se ha manifestado jurisprudencialmente por el Consejo de Estado, esta prescripción no juega en contra de los derechos de los trabajadores, contrario sensu, se estableció con el fin de garantizar

⁶ Sentencia de primera instancia del 26 de junio de 2024, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo de Pasto. Demandante: DEISY YOLANDA ADARMES MUÑOZ – radicado: 52-001-33-33-006-2018-00115-00

⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda- Subsección B, C.P: César Palomino Cortés, 15 de mayo de 2020. Radicado 50001-23-31-000-2011-00400-01(2220- 18.

seguridad jurídica y permitir celeridad en la reclamación de estos. Sin embargo, teniendo presente estos dos factores, resulta irrisorio que un trabajador espere más de tres años para reestablecer sus derechos, debido a que, si hay una afectación de estos, debe acudir inmediatamente al aparato jurisdiccional para que le sean garantizados.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que en el hipotético caso de llegarse a nulitar el acto enjuiciado y se proceda a restablecer el derecho de la demandante, solo es posible reconocer prestaciones y salarios que dejó de percibir partiendo desde la reclamación hasta tres (3) años antes, pues respecto de los derechos laborales anteriores a este interregno es claro que operó el fenómeno de la prescripción extintiva. Para el pertinente análisis, deben tomarse los siguientes datos:

- Reclamación: **10 de noviembre de 2018** (a través del Derecho de Petición presentado ante el EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO PASTO SALUD E.S.E.)
- Fin del último contrato de prestación de servicios: **21 de noviembre de 2018.**
- Fecha máxima de reconocimiento de derechos: **10 de noviembre de 2015.**
- Lapso derechos causados: **Desde el 10 de noviembre de 2015 hasta el 10 de noviembre de 2018.**
- Derechos fenecidos: **Desde el 11 de octubre de 2006 hasta el 10 de noviembre de 2015.**

El fundamento jurisprudencial se cita a continuación:

“La Sala al analizar cada periodo en particular encuentra prescritas las pretensiones como consecuencia de la posible declaración del principio de la realidad sobre las formalidades con antelación al 26 de septiembre de 2009, teniendo en cuenta que la demandante elevó derecho de petición ante la demandada el 26 de septiembre de 2012”⁸

En conclusión, los derechos laborales que se causaron con anterioridad al 10 de noviembre de 2015 están prescritos. Aunado a lo anterior y en el hipotético caso solo se debería reconocer las prestaciones y salarios dejados de percibir desde el 10 de noviembre de 2015 hasta la finalización del vínculo, es decir, hasta el 21 de noviembre de 2018.

3. LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD NO OTORGA LA CONDICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO

Sin aceptar responsabilidad alguna y en gracia de discusión, el demandante da por sentado sin estarlo, que por el solo hecho de haber prestado sus servicios en una entidad estatal, ya tiene la calidad de servidor pública. La errada interpretación de la norma por parte del apoderado del extremo activo claramente desconoce la jurisprudencia que ya ha zanjado este tema.

Por un lado, se ha advertido que, a pesar de la declaratoria de existencia de una relación laboral,

⁸ Ibídem.

ello no es óbice para que opere *ipso facto* la presunción de que se incorpora dicha persona a la planta del personal:

De manera que, contrario a lo expuesto por la accionante el que se hubiera declarado la existencia de la relación laboral entre ella y el ISS no le otorgó el derecho a quedar incorporada automáticamente en la planta de personal de la ESE Antonio Nariño, en primer lugar porque dicho derecho le asistía a los trabajadores oficiales de la entidad y, en segundo, porque la jurisdicción ordinaria en los pronunciamientos referidos no ordenó su reintegro en tal calidad sino solo el reconocimiento a título indemnizatorio de las prestaciones derivadas del contrato ficto⁹.

En la misma decisión, se esclarece que lo que se reconoce es una indemnización y no se confiere una condición de servidor público: *“La consecuencia de probar la existencia de la relación laboral o de la vinculación legal y reglamentaria es el reconocimiento de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que no se cancelaron a la demandante. Empero, se insiste en que el reconocimiento de la aludida relación, no implica conferir la condición de empleado público, por ende, el restablecimiento del derecho se ordena a título indemnizatorio, por las prestaciones sociales dejadas de percibir”*¹⁰.

En sentencia más reciente se insiste en la no configuración de la calidad de servidor público a pesar de que se encuentren probados los elementos que configuran una relación laboral: *“Pese a encontrarse probados los elementos de la relación laboral, se dirá que esto no implica que el actor detente la condición de empleado público en consideración a que no existen los elementos de una relación legal y reglamentaria en cuanto al artículo 122 de la Constitución Política”*¹¹.

En conclusión, no opera automáticamente la condición de servidor público para quien se le encuentra demostrado el vínculo laboral con una institución estatal. Entonces, no es posible reconocerle a dicha persona, en este caso, al señor Jhon Diego Tobar, prestaciones y demás emolumentos propios de quienes se desempeñan en el sector oficial.

4. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA EN EL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES (CESANTÍAS).

En cuanto a esta sanción contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, el Consejo de Estado ha sido reiterativo en advertir que es improcedente cuando exista discusión respecto a la presunta relación laboral entre las partes, esto es, si se debate la existencia de un contrato realidad, como en el presente caso. Así las cosas, esta Corporación ha dicho:

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda (2018). Radicación No. 52001-23-31-000-2011-00207-01(0501-17), C.P. William Hernández Gómez.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Segunda (2019). Radicación No. 44001-23-33-000-2013-00086-01 (0827-16), C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

“Ha sido pacífica la postura que por parte de esta Corporación ha definido frente al reconocimiento de la sanción moratoria cuando se declara la existencia de una relación laboral que subyace de la relación contractual estatal bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios, en cuanto que, el reconocimiento y pago de las cesantías, surge sólo con ocasión de la declaratoria de la relación laboral, por lo que, no podría reclamarse la sanción moratoria como quiera que apenas con ocasión de la sentencia que declara la primacía de la realidad sobre las formalidades surge la obligación a cargo de la administración de reconocer y pagar el aludido auxilio. En otras palabras, la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, sólo es viable en tanto las cesantías hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir, cuando está en discusión el derecho al reconocimiento y pago del aludido auxilio de cesantías no podría configurarse la sanción por mora en el pago de aquellas”¹².

De esta manera, es indiscutible la improcedencia de la sanción moratoria en los casos como el que nos ocupa, pues se encuentra en debate la supuesta relación laboral entre la accionada y el demandante, lo que hace inviable reconocer una sanción moratoria si aún no se ha declarado la existencia de dicha relación laboral. Esto es aún más claro respecto a la sanción moratoria por el no pago de salarios y cesantías, dado que se encuentra en litigio su declaración y el derecho a percibir las. Aunado a ello, estos conceptos laborales no operan de forma automática, sino que su reconocimiento dependerá también de la mala fe del empleador, pero en este caso no podemos hablar ni siquiera de una mala fe, porque justamente lo que se encuentra en litigio es definir si la Alcaldía de Santiago de Cali era o no el empleador del señor Edinsón Sánchez.

Con todo lo anterior, es clara la improcedencia de la sanción moratoria en un litigio como el presente donde se discute la existencia de un contrato realidad, de modo que deberá despacharse desfavorablemente tales pretensiones de carácter económico.

Sin más consideraciones, elevo la siguiente:

PETICIÓN

PRIMERO: Negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probadas las excepciones de fondo y mérito presentada por nuestro asegurado, **ESE PASTO SALUD** y en consecuencia absuelva a mi prohijada **LIBERTY SEGUROS S.A.** al pago alguno por conceptos de indemnizaciones por los supuestos perjuicios alegados.

SEGUNDO: En el remoto evento en que los argumentos esbozados en el presente escrito no fueran de su convencimiento, no pierda de vista el agotamiento de la suma asegurada y la falta de cobertura material de la **Póliza de Cumplimiento a Favor de Entidades Estatales No. 2608106**, así como las exclusiones, limitaciones y deducibles plasmadas en ellas, esto, de conformidad con

¹² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Rad. 3308-13 del 6 de octubre de 2016, C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

las consideraciones expuestas por mi defendida desde la contestación del llamamiento en garantía y reiteradas en esta oportunidad procesal, en virtud del llamamiento formulado por la **ESE PASTO SALUD**.

No siendo otro el motivo de la presente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA

C.C. 19.395.114 de Bogotá

T.P. 39.116 del C. S. de la J.