

Cartagena de Indias D. T. y C., primero (1) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-007-2018-00090-01
Demandante	LUISA REBECA PEÑA OSPINO
Demandado	ESE HOSPITAL LOCAL SANTA MARÍA DE MOMPOX
Tema	Contrato realidad – almacenista en una Empresa Social del Estado.
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala Fija de Decisión No. 004 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante¹, contra la sentencia del 16 de noviembre de 2021², proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió negar las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. LA DEMANDA³

3.1.1. Pretensiones⁴.

La parte demandante solicita que se acceda a las siguientes peticiones:

PRIMERA: Se declare nulo el acto administrativo ficto generado a partir de la no contestación a la petición del 18 de agosto de 2017, mediante el cual la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTA MARÍA DE MOMPOX, negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la accionante, a las cuales tiene derecho por tener una relación laboral y no contractual establecida por la ley 80 de 1993, tal como quiere hacer ver la administración.

SEGUNDA: Que como consecuencia de lo anterior, E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTA MARÍA DE MOMPOX, debe pagar a la demandante: la prima de servicio, vacaciones, prima de navidad, cesantías, intereses de cesantías, prima de vacaciones, dotación, subsidio de transporte, de los años 2015-2016; y la sanción moratoria por pago tardío de las cesantías, Ley 244 de 1995.

¹ Pdf 10 carpeta de primera instancia

² Pdf 08 carpeta de primera instancia

³ Folio 3-11 pdf 01 carpeta de primera instancia

⁴ Folio 5 pdf 01 carpeta de primera instancia

13-001-33-33-007-2018-00090-01

3.1.2. Hechos⁵.

La señora LUISA REBECA PEÑA OSPINO, laboró en la E.S.E. Hospital Local Santa María de Mompox Bolívar, en el cargo de almacenista, durante el periodo del 03 de junio de 2015 hasta 30 de junio de junio del 2016, desempeño las tareas encomendadas por la gerencia de esta entidad, en debida forma.

La accionante prestó sus servicios de forma interrumpida a través de contrato de prestación de servicio, devengando en el último mes el valor de \$768.764; y, como consecuencia del vínculo laboral, considera que se le debe reconocer prestaciones sociales. Sin embargo, las mismas fueron denegadas a través del acto administrativo ficto demandado.

3.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁶.

Manifestó que los hechos son parcialmente ciertos, como quiera que la accionante tuvo un vínculo contractual con la E.S.E. Hospital Local Santa María de Mompox Bolívar, pero no le adeuda ningún tipo de prestaciones, como quiera que el contrato de prestaciones sociales no genera este tipo de derechos.

Como excepciones, manifestó la falta de prueba de la subordinación y las diferencias entre el contrato de prestación de servicio y el contrato de trabajo.

3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁷

Mediante sentencia del 16 de noviembre de 2021 el Juez Séptimo Administrativo del Circuito de Cartagena se pronunció en el asunto, denegando las pretensiones de la demanda, bajo el siguiente argumento:

En el proceso estaba probada la existencia de 4 contratos por 90, 60, 60 y 180 días (entre el año 2015-2016), por lo que se acreditó la prestación del servicio y la remuneración, puesto que en los mismos se fijó un valor a título de honorarios.

En cuanto a la subordinación, indicó que la misma se alegaba debido al cumplimiento de horario, sin embargo, expuso que el Consejo de Estado ha señalado que este elemento per se no constituye un factor para encontrar acreditada la relación laboral, pues aquel se puede imponer para el cabal desarrollo del objeto contractual. Por tanto, el cumplimiento de horario se aprecia como parámetro natural y lógico de coordinación existente para llevar a buen término el contrato de prestación de servicios.

⁵ Folio 3 y 7 pdf 01 carpeta de primera instancia

⁶ Folio 25-31 pdf 03 carpeta de primera instancia

⁷ Pdf 08 carpeta de primera instancia

13-001-33-33-007-2018-00090-01

Agregó también que, del testimonio recaudado, se desprendía que a la actora nunca le fueron enviados memorandos o circulares, requerimientos o cualquier otro documento que establezca que ella se encontraba bajo la autoridad de algún mando de la entidad accionada. Así mismo, la testigo no dilucidó sobre la forma de solicitar permiso, pues, hacen entrever que únicamente debían informar su inasistencia, sin que fuera necesario algún tipo de permiso o trámite formal. El despacho tampoco encontró que se allegara al plenario prueba tendiente a demostrar la existencia de cargo alguno en la estructura orgánica de la entidad demandada, que tuviese asignadas las funciones desarrolladas por la demandante, ni se allegó el manual de funciones que permitiera establecer que las mismas correspondían a un determinado cargo en la planta de personal, dando a entender que el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes hoy en contienda, se constituyó en razón a que no existía dentro de la entidad, personal que pudiera encargarse de manera especializada del almacenamiento de insumos.

Expuso también, que la continuidad de los contratos tampoco indicaba subordinación, pues la misma puede surgir de actividades que requieran conocimientos especiales o no puedan ser efectuados por personal de la entidad.

3.4. RECURSO DE APELACIÓN⁸

La parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión anterior, aduciendo que el Juez a quo había cometido una equivocación en su sentencia, toda vez que la entidad demandada nunca contestó la demanda, por lo que debían tenerse por ciertos los hechos susceptibles de confesión.

También adujo, que existía una falta de valoración de las pruebas traídas al proceso, como quiera que en el mismo contrato estaban consignadas las funciones del demandante, como Almacenista de la Farmacia, por lo cual le correspondía suministrar las drogas a las diferentes secciones de la empresa social del estado, como era la Sala de urgencias, maternidad, pediatría y demás, por lo que no se puede concluir que la actividad realizada por la accionante fuera transitoria u ocasional.

Sostuvo que a la ESE todos los días llegaban pacientes solicitando atención médica y medicamentos, por lo que la accionante debía estar en su lugar de trabajo; además, estaba supeditada a un superior, que era el Jefe de Talento Humano, por lo que existía un contrato realidad.

Agrega que la testigo traída al proceso fue contundente a indicar que la accionante cumplía horario dentro de las instalaciones de la ESE, y que, no podía ausentarse sin antes comunicárselo al Jefe Inmediato.

⁸ Pdf 10 carpeta de primera instancia

13-001-33-33-007-2018-00090-01

3.5. ACTUACIÓN PROCESAL.

El proceso en referencia fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 13 de julio de 2022⁹, por lo que se procedió a dictar auto admisorio del recurso el 28 de julio de 2022¹⁰.

3.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes no presentaron alegatos; y el Ministerio Público tampoco presentó concepto.

IV.- CONTROL DE LEGALIDAD

Tramitada la primera instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes, previas las siguientes,

V.- CONSIDERACIONES

5.1. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA. De igual forma se aclara que dicha competencia se circunscribe únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, conforme los artículos 320 y 328 del C.G.P.

5.2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que se debe determinar si:

¿Se encuentra probado en el proceso la existencia del contrato realidad entre la E.S.E. Hospital Local Santa María de Mompox Bolívar y la señora Luisa Peña Ospino?

5.3 Tesis de la Sala

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia toda vez que en el presente asunto no se demostró el elemento subordinación que acreditara la existencia del contrato realidad.

⁹ Pdf 07 carpeta de segunda instancia

¹⁰ Pdf 08 carpeta de segunda instancia

13-001-33-33-007-2018-00090-01

5.4 MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

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

El Honorable Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia de unificación¹¹, expuso que, si bien el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 establece, de manera expresa, que los contratos de prestación de servicios no son fuente de una relación laboral ni generan la obligación de reconocer y pagar prestaciones sociales, la jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional, ha admitido que tal disposición no es aplicable cuando se demuestran los elementos configurativos de una relación laboral.

Esto es así, en virtud del mandato superior (artículo 53) que consagra la prevalencia de la realidad frente a las formas, caso en el cual debe concluirse, que, si bajo el ropaje externo de un contrato de prestación de servicios se esconde una auténtica relación de trabajo, esta da lugar al surgimiento del deber de retribución de las prestaciones sociales a cargo de la Administración. No obstante, aun cuando se acrediten los mencionados elementos del contrato de trabajo, lo que emerge entre el contratista y la entidad es una relación laboral, gracias a la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por lo que, en ningún caso, será posible darle la categoría de empleado público a quien prestó sus servicios sin que concurren los elementos previstos en el artículo 122 de la Carta Política¹².

En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato de prestación de servicios, indicó que, éste es uno de los instrumentos de gestión pública y de ejecución presupuestal más importantes de la Administración para satisfacer sus necesidades y asegurar el cumplimiento de los fines del Estado; es un tipo de negocio jurídico que expresamente recoge el estatuto general de contratación pública, siendo reconocido como un contrato típico, pues está definido en el numeral tercero del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que establece lo siguiente:

"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".

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sección Segunda. Sentencia de fecha 9 de septiembre de 2021. Radicado No. 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016). C.P

¹² Al respecto, ver entre otras la sentencia de esta Sección de 13 de mayo de 2010; radicado 76001-23-31-000-2001-05650-01 (0924- 09); C.P. Bertha Lucia Ramírez de Páez

13-001-33-33-007-2018-00090-01

La sentencia en mención también explicó que, el objeto del contrato de prestación de servicios es bastante amplio, en la medida en que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece que el mismo es para «desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad».¹³ En ese sentido, la Administración Pública puede celebrar contratos de prestación de servicios que comprendan, como objeto, atender funciones ocasionales por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra pública –como peritos, técnicos y obreros–; y, **también, de manera excepcional y temporal, cumplir funciones pertenecientes al objeto misional de la respectiva entidad, siempre que no haya suficiente personal de planta o se requieran conocimientos especializados.**

En cuanto a las características del contrato estatal de prestación de servicios, determinó las siguientes:

“87. (i) Solo puede celebrarse por un «término estrictamente indispensable» y para desarrollar «actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad», y no cabe su empleo para la cobertura indefinida de necesidades permanentes o recurrentes de esta.

*88. (ii) Permite la vinculación de personas naturales o jurídicas; sin embargo, en estos casos, la entidad deberá justificar, en los estudios previos, porqué las actividades «no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados».*¹⁴

*89. (iii) El contratista conserva un alto grado de autonomía para la ejecución de la labor encomendada. En consecuencia, no puede ser sujeto de una absoluta subordinación o dependencia. De ahí que el artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993 determina que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales».*¹⁵

Respecto a la subordinación, sostuvo que, “lo que debe existir entre contratante y contratista es una relación de coordinación de actividades, la cual implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente del objeto contractual, como puede ser el cumplimiento de un horario o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados”.¹⁶ En definitiva, los contratistas estatales son simplemente colaboradores episódicos y ocasionales de la Administración, que vienen a brindarle apoyo o acompañamiento transitorio a

¹³ Artículo 32, numeral 3 de la Ley 80 de 1993.

¹⁴ Por ejemplo, cuando no exista personal de planta para realizar las labores, o, existiendo, es necesario un apoyo externo por exceso de trabajo; o porque el personal de planta carece de la experticia o conocimiento especializado necesario para llevar a buen término la actividad encomendada a la entidad.

¹⁵ Ahora bien, a pesar de los términos imperativos en que aparece redactada la citada norma, es posible que en la práctica se configure una relación laboral, pues el contrato de trabajo es de realidad, y para perfeccionarlo rige el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1997, declaró la exequibilidad condicionada del segundo inciso del numeral 3º del artículo 32, indicando que «las expresiones acusadas del numeral 3º del artículo 32 de la Ley exequibles, salvo que se acredite por parte del contratista la existencia de una relación laboral subordinada».

¹⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso-administrativo; sentencia de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, C.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

13-001-33-33-007-2018-00090-01

la entidad contratante, sin que pueda predicarse de su vinculación algún ánimo o vocación de permanencia”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo de Estado definió los parámetros que han de servirle al juez contencioso-administrativo como indicios de la auténtica naturaleza que subyace a cada vinculación contractual, así:

“2.3.3.1. Los estudios previos

98. La Administración Pública debe dar aplicación a un plan en cada uno de sus procesos de selección, en especial, en los que lleva a cabo de forma directa. Así lo consideró el legislador al redactar el artículo 25 de la Ley 80 de 1993, modificado por el artículo 87 de la Ley 1474 de 2011, donde, en este último, bajo la figura denominada «maduración de proyectos»,¹⁷ dispuso la exigencia de elaborar estudios, diseños y proyectos, y los pliegos de condiciones, según corresponda, con anterioridad a la apertura de un proceso de selección o a la firma de un contrato si la modalidad de contratación es la directa.¹⁸ En la práctica, al conjunto de estas exigencias se le ha designado «estudios previos».

99. El mencionado artículo 87 de la Ley 1474 de 2011 resume los estudios previos como el análisis de conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar, la tramitación de las autorizaciones y las aprobaciones necesarias para la contratación o el desarrollo de los estudios, diseños y proyectos requeridos para tal fin.

100. En el caso del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, que es la modalidad que se examina en el marco de esta litis, el análisis del sector depende del objeto del contrato y de las condiciones de idoneidad y/o experiencia que permiten contratar a la persona natural o jurídica que está en condiciones de desarrollarlo. No obstante, al ser un contrato temporal, el término por el cual se celebra debe estar consignado en los estudios previos dentro del objeto contractual. Así lo ha interpretado la Corte Constitucional, al precisar que el objeto del contrato de prestación de servicios está conformado por «la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada».¹⁹

101. En este sentido, para poder determinar si los contratos de prestación de servicios celebrados con un mismo contratista, de manera continuada o sucesiva, guardan entre sí rasgos inequívocos de identidad, similitud o equivalencia, que permitan concluir que todos ellos forman parte de una misma cadena o tracto negocial de carácter continuado y permanente, que desborda el «término estrictamente indispensable» del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los demandantes deberán demostrar, con fundamento en los estudios previos y demás documentos precontractuales y contractuales, que el objeto de dichos contratos, las necesidades que se querían satisfacer, las condiciones pactadas al momento de su celebración y las circunstancias que rodearon su ejecución, develan la subyacencia de una verdadera relación laboral encubierta y el consiguiente desconocimiento de sus derechos laborales y prestacionales, por haber fungido, en la práctica, no como simples contratistas, autónomos e independientes, sino como verdaderos servidores en el contexto de una relación laboral de raigambre

¹⁷ Artículo 87 de la Ley 1474 de 2011.

¹⁸ Luis Alonso Rico Puerta: «Teoría general y práctica de la contratación estatal». 11 ed. Bogotá: Leyer, 2019. p. 338.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-154 de 1997; M.P. Hernando Herrera Vergara.

13-001-33-33-007-2018-00090-01

funcionarial. Lo anterior, sin perjuicio de otras pruebas que contribuyan a dar certeza sobre la auténtica naturaleza del vínculo laboral subyacente.

2.3.3.2. Subordinación continuada

102. De acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación o dependencia del trabajador constituye el **elemento determinante** que distingue la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, pues encierra la facultad del empleador para exigirle al empleado el cumplimiento de órdenes, imponerle jornada y horario, modo o cantidad de trabajo, obedecer protocolos de organización y someterlo a su poder disciplinario. No obstante, la subordinación es un concepto abstracto que se manifiesta de forma distinta según cuál sea la actividad y el modo de prestación del servicio.²⁰

También, destacó que son indicios de la subordinación los siguientes:

“104. **i) El lugar de trabajo.** Considerado como el sitio o espacio físico facilitado por la entidad para que el contratista lleve a cabo sus actividades. Sin embargo, ante el surgimiento de una nueva realidad laboral, fruto de las innovaciones tecnológicas, esta Sala Plena estima necesario matizar esta circunstancia, por lo que el juzgador habrá de valorarla, en cada caso concreto, atendiendo a las modalidades permitidas para los empleados de planta.

105. **ii) El horario de labores.** Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido.

106. **iii) La dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar.** Bien sea a través de la exigencia del cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, o la imposición de reglamentos internos, o el ejercicio del poder de disciplina o del *ius variandi*,²¹ la dirección y control efectivo de las actividades del contratista constituye uno de los aspectos más relevantes para identificar la existencia o no del elemento de la subordinación. En ese sentido, lo que debe probar el demandante es su inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la entidad, de manera que demuestre que esta ejerció una influencia decisiva sobre las condiciones en que llevó a cabo el cumplimiento de su objeto contractual. Así, cualquier medio probatorio que exponga una actividad de control, vigilancia, imposición o seguimiento por parte de la entidad, que en sana crítica se aleje de un ejercicio normal de coordinación con el contratista, habrá de ser valorado como un indicio claro de subordinación.

107. **iv) Que las actividades o tareas a desarrollar correspondan a las que tienen asignadas los servidores de planta, siempre y cuando se reúnan los elementos configurativos de la relación laboral.** El hecho de que el servicio personal contratado consista en el cumplimiento de funciones o en la realización de tareas idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o

²⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2019; radicado 08001-23-33-000-2013-00074-01 (2200-16); C.P. William Hernández Gómez.

²¹ A este respecto: Guerrero Figueroa Guillermo: Manual del derecho del trabajo. Bogotá, Leyer, 1996, págs. 54 y 55.



13-001-33-33-007-2018-00090-01

empleados de planta de la entidad, puede ser indicativo de la existencia de una relación laboral encubierta o subyacente, siempre y cuando en la ejecución de esas labores confluyan todos los elementos esenciales de la relación laboral a los que se refiere el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo. En ese orden de ideas, incumbe al actor demostrar, además de la prestación personal de sus servicios a cambio de una remuneración, la existencia de unas condiciones de subordinación o dependencia, en las que el representante de la entidad contratante o la persona que él designe, ostentó la facultad de exigirle el cumplimiento de órdenes perentorias y de obligatoria observancia. Por consiguiente, el interesado deberá acreditar, además de la permanencia de sus servicios, que la labor desarrollada se enmarca en el objeto misional de la entidad.

108. A este respecto, resulta preciso aclarar que el desempeño de actividades o funciones propias de una carrera profesional liberal (como en este caso la de abogado) no descarta, per se, la existencia de una relación laboral, pues, en la práctica, tales actividades son requeridas frecuentemente para satisfacer el objeto misional de la entidad. En cambio, la existencia del contrato de prestación de servicios sí exige que las funciones del contratista sean desarrolladas con un alto grado de autonomía, sin perjuicio de la necesidad de coordinación con la entidad contratante que, en ningún caso, puede servir de justificación para ejercer comportamientos propios de la subordinación laboral.

2.3.3.3. Prestación personal del servicio

109. Como persona natural, la labor encomendada al presunto contratista debe ser prestada de forma personal y directamente por este;²² pues, gracias a sus capacidades o cualificaciones profesionales, fue a él a quien se eligió y no a otro; por lo que, dadas las condiciones para su ejecución, el contratista no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas.²³

2.3.3.4. Remuneración

110. Por los servicios prestados, el presunto contratista ha debido recibir una contraprestación económica, con independencia de si la entidad contratante fue la que directamente la realizó. Lo importante aquí es el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo. En la práctica, esta retribución recibe el nombre de honorarios, los cuales pueden acreditarse a través de los recibos que, por dicho concepto, enseñen los montos que correspondan a la prestación del servicio contratado.

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

“3.4. Síntesis de las reglas objeto de unificación

167. **La primera regla** define que el «término estrictamente indispensable», al que alude el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, es el señalado en los estudios previos y en el objeto del contrato, el cual, de acuerdo con el principio de planeación, tiene

²² Código Sustantivo del Trabajo, literal b) del artículo 23: [Es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo] «La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo».

²³ Al respecto, véase, entre otras sentencias, la del Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B; de 1 de marzo de 2018; radicado 2013-00117-01 (3730-2014); C.P. Carmelo Perdomo Cuéter.

13-001-33-33-007-2018-00090-01

que estar justificado en la necesidad de la prestación del servicio a favor de la Administración, de forma esencialmente temporal u ocasional y, de ninguna manera, con ánimo de permanencia.

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

169. **La tercera regla** determina que frente a la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales por parte de la Administración, **es improcedente el reembolso de los aportes que el contratista hubiese realizado de más, por constituir estos aportes obligatorios de naturaleza parafiscal”**.

5.5 CASO CONCRETO

5.5.1 Análisis de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el presente asunto se demanda la existencia del contrato realidad entre la E.S.E. Hospital Local Santa María de Mompox Bolívar y la señora Luisa Peña Ospino, por lo que se procederá a analizar las pruebas traídos al proceso a efectos de verificar si el mismo se encuentra demostrado o no.

- La prestación personal del servicio

A través de certificación expedida por la entidad accionante, se hizo constar que la señora LUISA REBECA PEÑA OSPINO, identificada con la cedula de ciudadanía número 33.218.137 expedida en Mompox Bolívar, prestó sus servicios como ALMACENISTA en la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTA MARÍA DE MOMPOX, desde el 3 de junio de 2015 hasta el 30 de junio 2016 en la modalidad de contrato de prestación de servicios²⁴.

Así mismo, se cuenta con los siguientes contratos:

CONTRATO	OBJETO	VALOR	PERIODOS	DURACIÓN
No. 150603-68 del 1 de junio de 2015 ²⁵	Prestar los servicios como ALMACENISTA en la sede de la E.S.E., verificar, organizar y responder por los Insumos que entren y salgan del almacén y demás labores que faciliten la prestación de este servicio.	\$2.306.292	1 de junio al 30 de agosto de 2015	90 DÍAS
No. 150901-68 del 1 de septiembre de 2015 ²⁶	Prestar los servicios como ALMACENISTA en la sede de la E.S.E., verificar, organizar y responder por los Insumos que entren y salgan del almacén y demás labores que faciliten la prestación de este servicio.	\$1.537.528	1 de septiembre al 30 octubre/15	60 DÍAS
No. 151103-68 del 3 de noviembre de 2015 ²⁷	Prestar los servicios como ALMACENISTA en la sede de la E.S.E., verificar, organizar y responder por los Insumos que entren y salgan del almacén y	\$1.537.528	3 de noviembre/15 al 2 de enero/16	60 DÍAS

²⁴ Folio 19 pdf 01

²⁵ Folio 23 pdf 01

²⁶ Folio 27 pdf 01

²⁷ Folio 29 pdf 01

13-001-33-33-007-2018-00090-01

	demás labores que faciliten la prestación de este servicio.			
No. 160104 –98 del 4 de enero de 2016 ²⁸	Prestar los servicios como ALMACENISTA en la sede de la E.S.E., verificar, organizar y responder por los Insumos que entren y salgan del almacén y demás labores que faciliten la prestación de este servicio.	\$4.612.584	4 de enero al 4 de julio/16	180 DÍAS

De acuerdo con lo anterior, es posible tener por demostrado el primer elemento del contrato realidad, como lo es la prestación del servicio.

- La remuneración

De la lectura de los contratos por prestación de servicios que militan en el expediente, se observa que en todos ellos se fijó una cláusula en la que se señala el valor de las sumas de dinero que se pagarían como resultado de la prestación del servicio pactado en cada una de estas manifestaciones de voluntad, razón por la cual es permitido inferir, sin ambages, que el servicio fue adquirido por la entidad demandada a título oneroso. Así las cosas, se encuentra demostrado el cumplimiento de este elemento.

- La Subordinación

La parte accionada impugnó la sentencia de primera instancia, en lo que se refiere especialmente a este requisito, argumentando que el Juez de primera instancia interpretó de manera errada las pruebas traídas al proceso, toda vez que no se probó el elemento subordinación.

En ese sentido, se tiene que, en los contratos de servicios traídos al proceso, se señala que la demandante cumpliría las labores de almacenista, sin describirse específicamente cuales eran las actividades que dicha labor comprendía; sin embargo, en la cláusula de obligaciones del contratista, se describe que las mismas consistían en conservar y cuidar todos los bienes que estuvieran bajo su custodia; mantener un rígido control sobre la facturación, permanecer en el lugar de trabajo, cumplir con las guías de manejo y manuales de procedimientos de la entidad.

La otra prueba que se trajo al proceso, es el testimonio de la señora SHIRLEY LEONOR SUAREZ PEÑA, quien declaró en audiencia del 12 de octubre de 2021²⁹, quien indicó lo siguiente:

Manifestó que la señora LUISA REBECA PEÑA OSPINO trabajó en la ESE, inicialmente se desempeño en el centro de salud de ocupación *(no se escuchó el nombre completo)* que hace parte de la misma ESE, manejando las historias clínicas; luego, se fue a la dependencia que es de su perfil, que era la Droguería de la ESE.; manifestó, que conocía

²⁸ Folio 31 pdf 01
²⁹ Carpeta de audiencia de pruebas del 12-10-2021

13-001-33-33-007-2018-00090-01

esa información, porque en esa época ella se encontraba laborando en la ESE mediante contrato de prestación de servicio. El Juez le preguntó a la testigo si tenía vínculo de parentesco con la señora Luisa, teniendo en cuenta que sus apellidos eran iguales, a lo que la testigo manifestó que sí lo tenía, toda vez que la demandante era su tía.

Frente a los hechos expuso que existía un horario, había hora de llegada y de salida, trabajaba en la mañana y en la tarde, y las actividades que dependían de su labor debía rendir informe, pues debía dispensar los materiales y las drogas que se necesitaban en la ESE. Se le preguntó si la accionante se podía ausentar de su lugar de trabajo o debía pedir permiso, a lo que la testigo respondió que sí debía pasar la información, sobre todo la accionante, teniendo en cuenta que era la única encargada de esa dependencia, por lo tanto, en el momento de su ausencia, el jefe de personal debía tomar las medidas para que la misma no colapsara, en caso de una urgencia. Se le preguntó por el horario de trabajo de la actora, a lo que dijo que era de 7 u 8 hasta las 12 y de 2 a 5 pm. Que su jefe inmediato era la gerente que administraba en ese momento la ESE.

El apoderado de la parte demandada también interrogó, preguntándole si la accionante tenía en la empresa un puesto fijo de trabajo, a lo que respondió que era el Almacén y farmacia. Indicó que los jefes de la accionante eran la gerente y el jefe de personal.

De acuerdo con lo expuesto, se tiene que la señora Luisa Rebeca Peña efectivamente prestó sus servicios a la ESE demandada, desempeñando su labor en las instalaciones de la misma y cumpliendo un horario; que en caso de necesitar ausentarse, debía comunicar esta situación al Jefe de Personal, quien, de acuerdo con los contratos, era el supervisor del cumplimiento de los mismo; dicho aviso, tenía por objeto adoptar las medidas necesarias para que no se presentaran contingencias que pudieran hacer colapsar el suministro de implementos del almacén.

Así las cosas, se tiene que se cumplen con los dos primeros indicios del contrato realidad, lo que sería la permanencia en el lugar de trabajo, y el horario, sin embargo, se destaca que ello no es suficiente para concluir que existe una verdadera subordinación, teniendo en cuenta que no se evidencia que por parte de la ESE o del Jefe de personal se haya ejercido una verdadera dirección y control efectivo de las actividades a ejecutar, tanto es así que las tareas desempeñadas por la actora no eran controladas por nadie más, sino ella misma, pues no se demuestra que el Jefe de personal ejerciera algún tipo de mando o poder de disciplina sobre la demandante.

En igual sentido, tal como lo determinó el Juez de primera instancia, no se probó que el cargo de almacenista estuviera creado dentro de la planta de personal de la entidad pública accionada, ni que las tareas asignadas fueran idénticas, semejantes o equivalentes a las asignadas en forma permanente a los funcionarios o empleados de planta de la entidad.

13-001-33-33-007-2018-00090-01

Conforme con lo indicado, es posible concluir que no se demostró la subordinación en este caso, más allá de una mera coordinación de labores entre la contratista y la entidad contratante; además, no puede perderse de vista que, el hecho de ejercer las actividades contratadas en la entidad y el cumplimiento de horarios, por sí solos no demuestran el sometimiento de la accionante, para efectos de probar el contrato realidad, en la medida en que, en ocasiones, las tareas asignadas imponen la necesidad de que las mismas se ejecuten en la sede de la entidad contratante.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado ha dicho: *“Normalmente, el establecimiento o imposición de una jornada de trabajo al contratista no implica, necesariamente, que exista subordinación laboral y, por consiguiente, que la relación contractual sea simulada. Así, ciertas actividades de la Administración (servicios de urgencia en el sector salud o vigilancia, etc.) necesariamente requieren la incorporación de jornadas laborales y de turnos para atenderlas. Por ello, si bien la exigencia del cumplimiento estricto de un horario de trabajo puede ser indicio de la existencia de una subordinación subyacente, tal circunstancia deberá ser valorada en función del objeto contractual convenido”*³⁰.

Por último, es importante resaltar, que la testigo traída al proceso es familiar de la accionante, por lo que podría tener interés en las resultas del proceso, más aun, cuando al final de su intervención manifestó parcialidad hacia su tía, emitiendo juicios a su favor.

Teniendo en cuenta todo lo hasta ahora expuesto, se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

5.6 De la condena en costa.

El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021 determina que señala, *“Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal”*.

Por otra parte, el artículo 365 del Código General del Proceso señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de forma desfavorable el asunto. En este caso, no se condenará en costas, toda vez que las mismas no se encuentran demostradas, tal como lo indica el numeral 8 de la norma ibidem.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A; sentencia de 24 de abril de 2019; radicado 08001-23-33-000-2013-00074-01 (2200-16); C.P. William Hernández Gómez.

13-001-33-33-007-2018-00090-01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

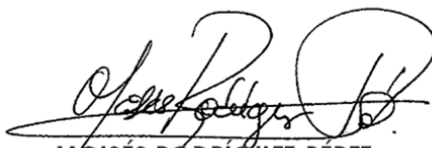
SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS conforme a lo expuesto.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de rigen, previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala virtual No. 028 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS

JEAN PAUL VÁSQUEZ GÓMEZ
En comisión de servicio