



sociales y otros, sencillamente derivados de su presunta relación laboral con la demandada, porque en su sentir n se le ha vulnerado derecho alguno.

Que reitera que la relación contractual habida entre las partes en Litis se desarrolló y ejecutó bajo los parámetros del estatuto contractual de la ESE y en lo pertinente en la ley 80 de 1993, la cual consagra en su art. 32 esta modalidad.

2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 03 de marzo de 2016, negó las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia en el presente asunto se acreditó por parte de la actora la prestación personal del servicio y la remuneración, no se encuentra demostrada la existencia del elemento subordinación, elemento esencial de la relación laboral cuya declaratoria se reclama.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconformes con la decisión, la parte accionante por intermedio de su apoderado especial, apeló la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

Que no se valoró la circular n° 004 de abril 06 de 2008, ni la circular n° 012 de noviembre 10 de 2009, firmadas ambas por Alexis Marina Ospino Ospino, quien fungía para la época como jefe de recursos humanos.

Se ignoró el documento fechado Arjona, 03 de abril de 2008, dirigido a las señoras facturadoras ESE Hospital Local de Arjona.

En el Manual de funciones de la ESE Hospital Local de Arjona, no existe cargo de auxiliar de facturación ni ningún otro cargo que haga referencia a facturación, porque la función de facturación, siempre la han realizado a través de contratos de prestación de servicios, siempre con la intención de abaratar costos laborales, siendo estas una actividad permanente de la administración, como lo es la facturación y posterior recuperación de los recursos utilizados para la prestación del servicio de salud.

Los horarios fueron elaborados y firmados por el jefe de recursos humanos de la ESE Hospital Local de Turbaco, cualquier falencia en los nombres de las personas relacionados en dicho horario, por lo tanto la actora no puede ser castigada por los errores de un representante del empleador, como lo es el jefe de recursos humanos de la ESE Hospital Local Arjona.





Cuando la ESE Hospital Local Arjona, en el horario de turno de los facturadores y facturados, manifiesta para hacer cualquier cambio de turnos favor pedir autorización a su jefe inmediato y/o Jefe de Recursos Humanos, está haciendo uso de la facultad que tiene como empleador sobre el trabajador, para dar órdenes e imponer el reglamento.

Que las pruebas demuestran que la actora si recibía y cumplía órdenes de unos superiores que presentaban al empleador E.S.E. Hospital Local Arjona, si en la prueba documental valorada por el juez de primera instancia, contienen falencias que proviene del empleador, no se puede indilgar dicha falencia a la actora.

Al no valorara las otras pruebas documentales vista en el expediente se está frente una violación al debido proceso.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 11 de mayo de 2016, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado que funge como ponente de esta sentencia, a quien la Secretaría del Tribunal le pasó el expediente el día 26 de mayo de 2016.

Mediante auto de 24 de octubre de 2016 se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 06 de febrero de 2017, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. Sólo la parte demandada presentó alegatos. El Ministerio Público no presentó concepto de fondo.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

El alegato de la parte demandada se encuentra visible a folio 224 al 225 del expediente.

2.7. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA-

IMPEDIMENTO DEL DR. JOSÉ RAFAÉL GUERRERO LEAL.

El H. M. Dr. José Rafael Guerrero Leal, se declara impedido para conocer el presente proceso, en virtud de que concurre en la causal de impedimento prevista en el numeral 2º del artículo 141 del C.G.P; ello porque fungió como Juez de primera instancia.



La Sala, luego de revisar los hechos en que se fundamenta el impedimento y la causal invocada, la encuentran procedente, debido a que realizó actuaciones en instancia anterior, y esto puede afectar su imparcialidad; por lo que aceptará el impedimento manifestado por el H. M. Dr. José Rafael Guerrero Leal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 131 del C.P.A.C.A.

CONTROL DE LEGALIDAD.

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 03 de marzo de 2016, por el Juzgado Doce (12) Administrativo del Circuito de Cartagena.

COMPETENCIA.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos, en segunda instancia.

MARCO JURÍDICO DEL RECURSO DE APELACIÓN.

Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar los límites a los cuales se ve compelido el *ad quem* en lo que respecta a la apelación. Para tal efecto, conviene señalar que el *a quo* en la sentencia desata una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicho debate concluye con una providencia que tiene la virtud de poner fin a la diferencia, y que se fundamenta en razones de hecho y de derecho derivadas de lo probado en el plenario y de la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido.

Así las cosas, a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una decisión judicial determinada; por lo que le corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, a efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. Lo anterior de conformidad con lo establecido en los artículos 320 y 328 del C.G.P., que consagra:

"Art. 320. Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.





Artículo 328. Competencia del superior. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

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

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia."

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia, su marco de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se adopta en primera instancia, por lo cual, los demás aspectos diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que operan tanto el principio de congruencia de la sentencia, como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia ha sostenido que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el *ad quem*: "*tantum devolutum quantum appellatum*".

PROBLEMA JURÍDICO.

Corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis en los términos del recurso de apelación interpuesto por el actor; porque la Litis se centra, en determinar si existió una relación legal y reglamentaria cubierta bajo el manto del contrato de prestación de servicios y al reconocimiento y pago de las acreencias laborales dejadas de percibir.

TESIS.

La Sala confirmará la sentencia de primera instancia, debido a que no se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral, sino meramente contractual.

JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

¹ El principio contenido en el aforismo latino *Tantum Devolutum Quantum Appellatum*, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación.





El Honorable Consejo de Estado se ha pronunciado en un sin número de veces respecto a la figura del contrato de prestación de servicios, el cual se trae a colación un extracto de la siguiente:

"Jurisprudencia Relacionada con el Contrato de Prestación de Servicios La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, así:

"b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios."

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

"Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: Maria Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

"6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del





Radicado: 13-001-33-33-012-2014-00094-01
Demandante: LILIANA DEL CARMEN RAMOS ORDOÑEZ

contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque 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."

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (artículo 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:





TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR
SENTENCIA No. 02/2019
SALA DE DECISIÓN No. 001

SIGCMA

Radicado: 13-001-33-33-012-2014-00094-01
Demandante: LILIANA DEL CARMEN RAMOS ORDOÑEZ

"De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional. (...)

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

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

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

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, 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 recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.²

En un pronunciamiento más reciente el Honorable Consejo de Estado³ en su Sección Segunda encargada de solucionar las litis que se originan en materia laboral ha manifestado respecto del contrato realidad lo siguiente:

"La realidad sobre las formalidades evidenciadas en las relaciones de trabajo, hace referencia a un principio constitucional imperante en materia laboral y expresamente reconocido por el artículo 53 de la Carta Política, entendido de la siguiente forma: no importa la denominación que se le dé a la relación laboral, pues, siempre que se evidencien los elementos integrantes de la misma, ella dará lugar a que se configure un verdadero contrato realidad. Es preciso destacar que se ha denominado contrato realidad aquél que, teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma. Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es: i. Que su actividad en la entidad haya sido personal; ii. Que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, iii. además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes

² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN "B" CONSEJERA PONENTE: DRA. BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ Bogotá D.C., dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014) REF: EXPEDIENTE No. 68001-23-33-000-2013-00161-01 No. INTERNO: 0739-2014 ACTOR: ELKIN HERNÁNDEZ ABREO AUTORIDADES NACIONALES.

³ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.





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 vínculo. Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral".

Se concluye de lo citado que para que se esté en una situación donde se quiere disfrazar un contrato laboral con el de prestación de servicios se deben estructurar los elementos de la relación laboral – prestación personal del servicio, subordinación o dependencia y un salario como retribución del servicio -, pero sobre todo la subordinación, elemento esencial que determina la configuración del contrato laboral.

PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONTRATO REALIDAD⁴.

En lo que tiene que ver con la prescripción de los derechos derivados del contrato realidad la alta superioridad en lo contencioso unificó el criterio respecto del tema disponiendo lo siguiente:

"Si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador. Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios. Pese a lo expuesto, la Sala aclara que la prescripción extintiva no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional, que los hace imprescriptibles, pues aquellos se causan día a día y en tal sentido se pueden solicitar en cualquier época, mientras que las prestaciones sociales y salariales, al ser pagadas por una sola vez, sí son susceptibles del mencionado fenómeno, por tener el carácter de emolumentos económicos temporales."

Se extrae de la cita jurisprudencia de unificación que los derechos a la seguridad social son imprescriptibles que pese a que se configure para las

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)





acreencias labores no es dable aplicar frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional.

Caso concreto.

Procede la Sala de decisión estudiar si se configura el contrato realidad, en el presente caso.

Del material probatorio obrante en la foliatura se extrae que la demandante, según certificación, suscrita por el Jefe de Recursos Humanos, (señora Liliana del Carmen Ramos Ordoñez), desarrolló actividades en la ESE Hospital Local de Arjona como auxiliar administrativo (facturador), los años 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010, de acuerdo a órdenes de prestación de servicio ahí descritas. (fl. 13-14).

Circular nº 004 de abril 06 de 2009, expedida por el Jefe de Recursos Humanos, para todos los funcionarios, donde se estableció la jornada laboral durante la Semana Santa. (fl.18)

Circular nº 012, de noviembre 10 de 2009, expedida por la Jefe de Recursos Humanos, para todos los funcionarios de la ESE Hospital Local Arjona, donde se establece la jornada laboral por motivos de las festividades novembrinas que se realizan en el departamento de Bolívar. (fl. 19-22)

Informe de asignación de computadores y horario de prestación de servicios. (fl. 23-24)

Oficio sin número de fecha 03 de abril de 2008, suscrito por el Director Administrativo de la ESE Hospital Local Arjona, dirigido a las facturadoras, con el fin de convocarlas a una reunión. (fl. 25)

Horarios de facturadores de la E.S.E. Hospital Local Arjona. (fls. 26-47), expedido por la Jefe de Recursos Humanos.

Circular nº 0001 del 14 de enero de 2009, expedida por el coordinador de facturación y el subdirector administrativo, dirigido a los facturadores, con el objeto de realizar cambios para mejor la calidad en la prestación del servicio. (fl. 72)

Ordenes de prestaciones de Trabajo, que dispone como objeto contractual prestación de servicios como facturador en la E.S.E Hospital Local Arjona. (fls. 126-153)

Certificado expedido por el Jefe de Recursos Humanos de la E.S.E: H.L.A., donde expresó que la señora Liliana del Carmen Ramos Ordoñez desarrolló



actividades en la ESE como auxiliar administrativo (facturador), de conformidad con las órdenes de servicios y que en los planes de Cargo de la vigencia 2006 al 210, no existe el cargo de auxiliar de facturación, ni ningún otro que se asemeje. (fl. 154)

Así mismo se encuentra testimonio del señor Jesús David Quintana Castro, rendido ante el juez de primera instancia. Sin embargo el anterior testigo está en las mismas condiciones judiciales de la demandante, por lo que su valoración probatoria se hará de acuerdo con la sana crítica, y en ese sentido debe destacarse que señala que conoce a la demandante desde la época escolar y la reconoce como su amiga, precisando además que desempeñaba las mismas funciones de la actora y que también demandó para que por vía judicial se le reconociera la existencia de una relación laboral con la entidad demandada, contencioso que, asevera, **le fue decidido en contra de sus pretensiones.**

De las pruebas anteriormente enunciadas, estima la Sala que la demandante prestó sus servicios como auxiliar de facturación, mediante ordenes de prestación de trabajo y/o de servicios, durante el 01 de julio de 2006 a diciembre 31 de 2010., y sus función primordial, según la documentación allegada, era: *"Prestación de servicios como Facturador en la E.S.E. Hospital Local de Arjona"*.

Así mismo, está demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios y las certificaciones de tiempo de servicio, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral: por un lado, la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente la demandante fue contratada por la E.S.E: Hospital Local de Arjona como Auxiliar Administrativa de Facturación, lo que implica que fue quien prestó el servicios; y por otro, la remuneración por el trabajo cumplido, como quiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un "valor" con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada de forma mensual debido a que los contratos estipulaban ser pagaderos por cada mes vencido.

En relación con la subordinación, como último elemento de la relación laboral y el más importante debido a que en este radica la diferencia entre un contrato de prestación de servicios y uno laboral y así lo dispuesto la jurisprudencia⁵ contenciosa.

⁵ Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 05001233100020050090201 (31472014), Abr. 21/16





En el orden de ideas antes expuesto el único elemento que distingue el contrato de prestación de servicios del contrato laboral, es el elemento subordinación que pasamos a estudiar a continuación.

En el caso sub examine, se plantea la existencia de una relación laboral disfrazada bajo la figura del contrato de prestación de servicios, lo cual no se encuentra demostrado, por las siguientes razones:

La parte demandante para acreditar el elemento subordinación alega que el contratista prestó el servicio personal y que recibía órdenes a través de la ordenes de su jefe inmediato, cumpliendo con horario laboral y desarrollando actividades misionales permanentes.

A la anterior afirmación, la Sala argumenta que, de lo dispuesto en el artículo 32 de la ley 80 del 1993, se desprende que las entidades estatales podrán celebrar contratos de prestación de servicios con personas naturales, cuando dichas actividades no se puedan realizar con personal de planta, ya sea porque el personal de planta no tenga los conocimientos especiales que el servicio requiere o por que el personal de planta sea insuficiente. En el caso sub judice del contenido de los contratos de prestación de servicios, se desprende que, se celebraron porque la entidad contratante no tiene dentro de su planta de personal la auxiliar de facturación, por lo que resultaba a la ley, contratar a una persona con esa especialidad para que cumpliera el objeto contractual.

Indica la parte actora que el servicio a que se refieren los contratos de prestación en comentario fue prestado en el periodo comprendido entre 01 de julio de 2006 hasta el 31 de diciembre de 2010. Si bien es cierto se denota una prestación duradera de servicios, la Sala anota que el contrato de prestación de servicios, no necesariamente se debe prestar por un tiempo corto, sino por el tiempo estrictamente indispensable, de tal manera que no es la duración del contrato lo que configura la relación laboral sino que la ley prohíbe que los contratos de prestación de servicios se celebren por mayor tiempo del necesario, para evitar así que ciertas relaciones laborales se celebren bajo el ropaje de prestación de servicios, pero, se reitera, este hecho tampoco faculta para manifestar que cuando el contrato de prestación de servicios se celebra por periodos largos, per se estamos en presencia de una relación laboral.

Argumenta también la parte actora que el servicio lo prestó dentro del horario establecido por la entidad contratante, en los sitios dispuestos por la misma y bajo la coordinación esta.





Lo anterior tampoco convierte al contrato de prestación de servicios en una relación laboral debido a que resulta razonable que el contrato de prestación de servicios se ejecutó en los lugares y en las horas en que la entidad contratante tenga la necesidad del servicio. Igualmente puede decirse en relación con la coordinación del servicio porque toda la entidad que contratan un servicio deben vigilar que el objeto del contrato se cumpla en las condiciones estipuladas en las cláusulas respectivas.

Así mismo, de las circulares n° 004 de abril 06 de 2008, n° 012 de noviembre 10 de 2009, el documento fechado 03 de abril de 2008, van dirigidas a todos los funcionarios de la ESE, para cuadra los horarios por la Semana Santa y las festividades del Departamento de Bolívar y el documento fechado 03 de abril de 2008, va dirigido a todos los facturadores, con el fin de convocarlas a un reunión para tratar asuntos de carácter institucional, por lo que no es de recibido que el simple hecho de que se regulara un horario por cierto periodo y que se hagan reuniones de carácter temporal, no se puede tenerse como una orden directa, mas y cuando es para la prestación del servicio y mejoramiento de la entidad. **En este sentido la coordinación de actividades entre contratante y contratista implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, como el cumplimiento de un horario, recibir instrucciones y reportar informes de resultados, sin que esto necesariamente configure un elemento de subordinación.**⁶

En este sentido aunque la parte actora aduce que recibía y cumplía órdenes de unos superiores, lo que en realidad se encuentra acreditado en el proceso es que existía una supervisión de parte de la entidad y además exigía un informe de lo realizado durante la prestación del servicio y certificación del subdirector para el pago del contrato; pero este informe y esta certificación es apenas un medio para que la entidad contratante pudiera supervisar la manera como se prestó el servicio, más no constituye un elemento de subordinación que califique el servicio como de naturaleza laboral, porque a la demandante la entidad demandada no le daba órdenes relacionadas con sus conocimientos técnicos o profesionales. No se encuentra acreditado en el proceso que la entidad contratante haya dado órdenes de este tipo a la contratista, que son las que en definitiva convertirían a la relación en subordinada.

Como corolario de todo lo enteramente expuesto puede afirmarse que de los contratos de prestación de servicios allegados al proceso se desprende que el contratista y la parte actora de manera libre y espontánea pactaron lo relativo

⁶ (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 20001233100020110031201 (19942013), feb. 27/14, C. P. Bertha Lucía Ramírez)



al contrato de prestación de servicios, como forma de pago, objeto, entre otras cláusulas, y que prima la autonomía del contratista.

Al no desvirtuarse⁷ el contrato de prestación de servicios, no es procedente la declaración del "Contrato Realidad", no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, ni generar un trato similar al que tiene un empleado público de planta.

Por lo anterior debido a que la parte actora no pudo demostrar el elemento esencial del contrato laboral⁸, teniendo la obligación de hacerlo de acuerdo con estipulado por Honorable Consejo de Estado⁹ en su Jurisprudencia la cual ha desarrollado el principio de autorresponsabilidad de la prueba conforme a la interpretación analógica del artículo 167 del C.G.P. aplicado por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011, advierte que la carga probatoria que está obligado a cumplir quien tiene interés en salir victorioso en sus pretensiones o sus excepciones. Así lo ha señalado de manera uniforme la jurisprudencia.

Conforme con lo antes señalado, se considera por parte de este operador judicial¹⁰ que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega la demandante, que existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios como auxiliar de facturación, por cuanto que, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices,

⁷ Consejo de Estado. Sección II. 17/08/2011. Exp. 1079-09. MP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, en la cual manifestó:

"La viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante. Se debe desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y la presencia de la relación laboral real. Especialmente, se debe probar la subordinación, elemento que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis en conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso."

⁸ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez. Bogotá D.C., 23 de agosto de 2018. Radicación: 080012333000201200401-01. Número interno: 4363-2014. Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Demandante: Carlos Gregorio Mejía de Alba. Demandado: Departamento Administrativo de Seguridad (DAS). Ley 1437 de 2011. Sentencia O-143-2018.

⁹ CONSEJO DE ESTADO-SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION B. Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ.- Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15) Actor: HERNÁN DE JESÚS GUTIERREZ URIBE. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL.

¹⁰ Sentencia SU040/18

"De lo anterior se puede concluir que la teoría de la primacía de la realidad sobre las formas se aplica en aquellos casos en los cuales el Estado encubre relaciones laborales en contratos de prestación de servicios, actuación que implica "desconocer por un lado, los principios que rigen el funcionamiento de la función pública, y por otro lado, las prestaciones sociales que son propias a la actividad laboral". [47] En estos eventos, para que proceda la declaración de existencia del contrato realidad el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.





lineamientos impartidos por el contratante- hoy demandado- acerca de la manera o forma en que el actor debía ejecutar su labor.

A manera de conclusión puede decirse que lo que tipifica una relación como laboral o como contractual, no es por si solo el hecho de que exista un cumplimiento de un horario, o que el servicio se preste en oficinas del contratante o que se preste de manera personal o que se preste bajo la supervisión del contratante. La jurisprudencia colombiana ha sido clara al afirmar que es el juez quien en cada caso concreto y dado las circunstancias en la que se celebró el contrato y a la manera que se prestó el servicio, quien debe calificar si la relación es laboral o contractual. Para ello el juez debe tener en cuenta principalmente, si la manera como se presta el servicio fue acordada libremente por las partes o por el contrario fue impuesta por el contratante. Igualmente debe distinguir la Corporación, el concepto de supervisión y vigilancia del concepto de subordinación o dependencia debido a que supervisar y vigilar no necesariamente implica subordinación y dependencia, sobre todo cuando el contratista tiene libertad para disponer sobre la manera como presta el servicio en cuanto a conocimientos técnicos y profesionales se refiere.

Por todo lo anteriormente expuesto la Sala de decisión concluye en el caso *sub examine*, no se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral, sino meramente contractual y por tanto confirmara la decisión de primera instancia.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

En orden a lo anterior, esta Sala de Decisión, condenará a la parte demandante al pago de costas que efectivamente se hayan causado por ser esta a la que le fue desfavorable el recurso, ordenando al Juzgado su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho aplicando el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

DECISIÓN.

Código: FCA - 008 Versión: 02 Fecha: 18-07-2017





En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO. DECLÁRASE fundado el impedimento manifestado por el doctor José Rafael Guerrero Leal, como Magistrado integrante de la Sala de Decisión n° 1, de este Tribunal, en consecuencia, acéptasele y sepáresele del conocimiento del presente proceso.

SEGUNDO. CONFÍRMASE la sentencia del tres (03) de marzo de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Juzgado Doce (12) Oral Administrativo del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda en el proceso instaurado por la señora Liliana del Carmen Ramos Ordoñez contra E.S.E. Hospital Local de Arjona, conforme a la parte motiva.

TERCERO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

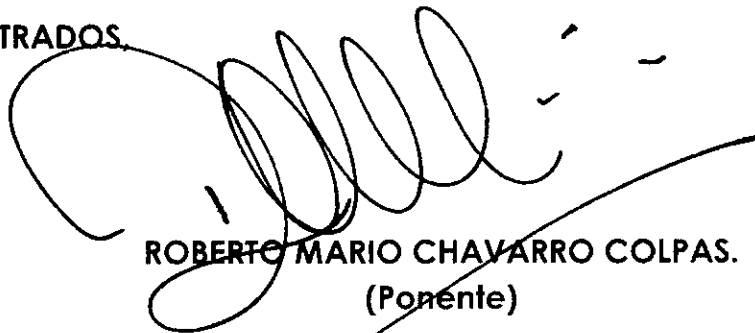
CUARTO. NOTIFÍQUESE la presente sentencia.

QUINTO. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión, en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS


ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

- IMPEDIDO -

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ALVAREZ

