REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

Cartagena de Indias, veintinueve (29) de Marzo dos mil diecisiete (2017).

ACCIÓN	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
RADICACIÓN	**13-001-33-33-008-2015-00462-00**
DEMANDANTE	**CAMILO HUMBERTO ARENAS AMAYA**
DEMANDADO	**ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO**

Procede el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena a dictar sentencia de Nulidad y Restablecimiento del Derecho presentada por el señor **CAMILO HUMBERTO ARENAS AMAYA**, a través de apoderado judicial, contra la **ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO.**

I. LA DEMANDA

Por medio de escrito, la parte actora a través de apoderado judicial, presentó acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, en la cual se impetran las siguientes pretensiones y se narran los siguientes hechos.

PRETENSIONES

1. Que se declare la nulidad del acto administrativo oficio 20 de febrero de 2015 en el cual la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO se negó reconocer y declarar a favor de CAMILO ARENAS AMAYA la existencia del contrato realidad suscrito entre el demandante y demandado, entre el mes de abril de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011.
2. Que se condene a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO a pagar al señor CAMILO ARENAS AMAYA, las sumas equivalentes a las prestaciones sociales que habría tenido el contratista si hubiese sido servidor público al servicio de la demandada, durante el tiempo que duró la relación laboral encubierta bajo la formalidad de contrato de prestación de servicios, como son vacaciones, auxilio de cesantias, intereses de cesantías y prima de navidad.
3. Que se condene y ordene a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO que para efectos pensionales compute el tiempo laborado por el demandante.
4. Que se condene a la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO que pague al demandante la proporción que legalmente le correspondía cancelar en su condición de entidad empleadora por los conceptos de salud y pensión durante la vigencia de la relación laboral encubierta bajo la formalidad de contrato de prestación de servicios y que fueron sufragados en su totalidad por el demandante en ese periodo.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E- mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

5. Que se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme lo establecido en el artículo 192 del CPACA.
6. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

HECHOS

PRIMERO: CAMILO HUMBERTO ARENAS AMAYA, laboró para la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, desempeñándose como médico general de forma continua y permanente, desde el mes abril de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011, mediante la suscripción de contratos de prestación de servicios.

SEGUNDO: En realidad hubo un verdadero contrato de trabajo por los elementos concurridos en la relación laboral, tales como: prestación personal del servicio, permanente subordinación y remuneración.

TERCERO: El señor CAMILO HUMBERTO ARENAS AMAYA no prestaba sus servicios con autonomía e independencia, pues estaba sometido al estricto cumplimiento de órdenes, directrices y horarios, esto es, bajo total subordinación y dependencia del demandado.

CUARTO: Durante el tiempo laborado por mi representado, la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, no le canceló Prestaciones Sociales.

QUINTO: Por lo anterior se elevó petición ante la ESE se expidiera acto administrativo que reconociera y declarara la existencia de contrasto realidad entre CAMILO HUMBERTO ARENAS AMAYA y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, emitiendo respuesta negativa a tal solicitud, lo que contraría la realidad de los contratos.

NORMATIVIDAD VIOLADA Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

Se violaron las siguientes normas, al no pagarle la totalidad de las prestaciones sociales, y la sanción moratoria a que tiene derecho mi mandante:

Se violaron los Art. 1; 2; 13; 25; 48, 53, 58 de la C. N.; Ley 244 de 1995 artículo 1° modificado por la ley 1071 del 2006 artículo 4°, artículo 2° ley 244 de 1995 modificado por la ley 1071 del 2006 y su Parágrafo de La Constitución Política de Colombia.

El Art. 1° de Nuestra Carta Fundamental elevó el trabajo a la condición de uno de los valores fundamentales de nuestro estado social de derecho, circunstancia esta que redimensiona la especial protección que el Estado le

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E mail admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

debe a la actividad libre ejercida por las personas naturales para la producción de bienes y servicios en cualquiera de sus modalidades.

En efecto, si mi mandante tiene legalmente derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales, esta es genéricamente un bien, fue desprotegida en el caso sublite contra el claro mandato del Art. 2º de La Constitución Política de Colombia. Al ser las Prestaciones sociales un derecho derivado de una relación laboral, se pretermitió el Art. 25 de La Carta Magna, que ordena para el trabajo una especial protección del Estado Colombiano.

2. Se violó el Art. 13 de La Constitución; que establece el derecho a la igualdad, porque a otros funcionarios se le cancelaron la totalidad de las prestaciones sociales a tiempo y en cambio a mi mandante no le cancelaron estos derechos.

3. Se violó el Art. 53 de Nuestra Carta fundamental, ya que dicha norma es de carácter general y es aplicable a todas las modalidades de la relación laboral e igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales;

Facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles: situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

4. Se violó la ley 100 de 1993, Art 95 numeral 5° que establece que las personas vinculadas a las empresas sociales del estado empresa tendrán carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la ley 10 de 1990.

5. Se violó el artículo 32 de la ley 80 de 1993, debido a que este exige que la labor sea temporal o transitoria, cuando en realidad fue permanente.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolívar

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.

La Corte ha manifestado al respecto la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados.

II. RAZONES DE LA DEFENSA

EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO: Encontramos con que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO ostentaba tamo razones de hecho como de derecho para proceder a la negación de la solicitud de reconocimiento de un contrato realidad a favor del demandante, constituyéndose esto en una motivación constitucionalmente admisible, que desmienten las aseveraciones del representante del demandante que sostiene la existencia de un falsa motivación porque a su juicio los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión desconocieron la realidad jurídica y láctica. situación que no tiene otro probanza más que si dicho.

Es por lo anterior, señor juez, que se tiene que el demandante no cumplió con la carga probatoria que le asistía al invocar la 'FALSA MOTIVACION DEL ACTO ADMINISTRATIVO", pues sus afirmaciones solo constituyen conjeturas e inferencias sin respaldo probatorio, situación que por demás no tienen la entidad de desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo.

Es importante anotar, que el hecho de que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, expusiera los argumentos de derecho de la improcedencia de las solicitudes planteadas por el demandante en su derecho de petición por cuanto no se podía predicar la existencia de un vinculación laboral cuando emergía palmariamente la existencia de una relación contractual devenida de la celebración de contratos de prestación de servicios, no significa que se configure una motivación falsa, por cuanto existe autorización legal como lo es el artículo 59 de la Ley 1438 de 2011 para realizar la contratación de terceros bajo la figura de los contratos de prestación

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C - Bolivar

de servicios, por lo que en este sentido el demandante no cumplió con la carga de demostrar, más allá de su dicho, si efectivamente existió un desborde de la administración para encubrir una relación laboral.

La falsa motivación no se configura porque los argumentos esgrimidos por la Administración carezcan de sustento según el demandante, pues precisamente en la confrontación de las razones que ambas partes proponen consiste el análisis jurídico de la controversia, siempre y cuando sean inherentes a la situación fáctica, sino en que la Administración aduzca razones fuera de contexto, es decir, que no coincidan con esa situación fáctica porque los altera o no pertenecen a la misma.

De no ser así, todos los actos proferidos por la Administración incurrirían en falsa motivación por el solo hecho de exponer1argumentos' que posteriormente resulten improcedentes desde el punto de vista jurídico, lo cual no corresponde a la finalidad de la motivación al menos sumaria que exige la ley, independiente de que asista o no razón a la Administración en el examen de fondo, motivo por el cual carece de sustento el cargo relacionado con este aspecto

III. TRAMITE DEL PROCESO

La demanda fue presentada el día 14 de agosto del año 2015, siendo inadmitida inicialmente, luego de subsanada se admite mediante auto fechado 28 de octubre de la misma anualidad, siendo notificada al demandante por estado electrónico 158.

Posteriormente fue notificada personalmente a la demandada, a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado y al Ministerio Público el día 04 de mayo de 2016 de conformidad con el artículo 199 del CPACA.

Posteriormente, mediante auto de fecha 23 de agosto de 2016 se citó a las partes a audiencia inicial para el día 17 de noviembre de 2016, conforme con el artículo 180 del CPACA y se fija audiencia de pruebas.

Finalmente en audiencia de prueba del 15 de febrero de hogaño se incorporan las pruebas y se corre traslado para alegar de conclusión por el término de 10 días.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION

DEMANDANTE: No presentó alegatos de conclusión.

DEMANDADO: No presento escrito de alegaciones.

MINISTERIO PÚBLICO: El señor agente del Ministerio Público se abstuvo de emitir concepto.

V. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Atendiendo a la naturaleza del asunto y de acuerdo a las competencias establecidas en la ley, procede el Despacho a proferir sentencia dentro del presente proceso.

PROBLEMA JURIDICO.

¿Los Contratos de Prestación de Servicios por los cuales fue vinculada la demandante se desnaturalizaron y se configuró un relación laboral; y a consecuencia de ello la accionante tiene derecho a que se le pague a título de indemnización lo que le correspondería por concepto de prestaciones sociales, así como la indemnización moratoria por el pago tardío de las prestaciones sociales?

TESIS DEL DESPACHO

En el proceso se encontraron debidamente configurados y probados los tres elementos de la relación laboral, esto es: **a**) la existencia de la prestación personal del servicio, **b**) la continuada subordinación laboral y, **c**) la remuneración como contraprestación del mismo.

Conforme las exigencias antes expuestas, y verificado el acervo probatorio se constata que no se aportó prueba alguna que demuestre los elementos que desnaturalizan la vinculación por contratos de prestación de servicios; y se llegue a configurar una relación laboral como sería por ejemplo testimonios, circulares, llamados de atención, que demuestren el cumplimiento de un horario y/o la subordinación ya que la sola existencia de los contratos de prestación de servicios no demuestran los elementos que el Consejo de Estado en su innumerable Jurisprudencia ha dicho, deben cumplirse para declararse una relación laboral; razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

A las anteriores conclusiones se ha arribado, teniendo en cuenta las siguientes premisas probatorias, fácticas y normativas:

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Sobre el denominado "contrato realidad"

El tema de la prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales, teniendo como resultado una definición aproximada de la diferencia

entre ésta y el contrato de carácter laboral, la cual consiste, básicamente, en la existencia de tres elementos diferenciadores, a saber, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y, la remuneración como contraprestación del mismo. Así lo precisó la H. Corte Constitucional, en Sentencia C-154 de 1997, donde estableció que en el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente, que puede provenir de una persona jurídica, respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

En la mencionada providencia, también se determinó que debido a la especial denominación a la que pertenece ese tipo de actos, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y que quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

Así mismo que, aunque se haya realizado una vinculación bajo la forma de contrato de prestación de servicios, si el interesado logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 53 de la Constitución Política.

En lo que se respecta a la posibilidad de demandar la existencia de una relación laboral disfrazada mediante la figura del contrato de prestación de servicios ante esta jurisdicción, han sido múltiples las posiciones asumidas por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, las cuales han ido evolucionando, desde una posición restrictiva, en la cual era posible para las entidades públicas realizar dichas contrataciones sin que dieran lugar a una relación laboral, hasta una tesis más garantista con base en los postulados constitucionales, que dispone que sólo será posible la celebración de un contrato de prestación de servicios mientras la actividad a contratar no se pueda desarrollar con personal de la misma institución o requiera conocimientos especiales.

Dicho tránsito jurisprudencial ha sido analizado por el H. Consejo de Estado así:[1]

"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. El contrato de prestación de

[1] *Consejo de Estado. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 13 de mayo de 2010. C.P. Bertha Lucia Ramirez de Páez. Radicación número: 76001-23-31-000-2001-05650-01(0924-09).*

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.". El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley. 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. 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, la cual 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.".

Se concluye entonces que, solamente es posible solicitar las prestaciones sociales derivadas de una relación laboral disimulada bajo los denominados contratos de prestación de servicios, siempre que se acredite de forma suficiente la existencia de sus elementos esenciales, cuales son, **la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario**. Si esto no se da asi, obligatorio resulta para el fallador negar las pretensiones de la demanda, por no haberse podido desvirtuar que entre empleador y contratista existió más que una mera relación contractual.

Al hilo de lo expuesto, es necesario indicar que el articulo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, define el contrato de prestación de servicios, en los siguientes términos:

"Art.32-
3o. 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." (Subrayas fuera del texto)

De la norma legal en cita se desprenden entonces las siguientes características del contrato de prestación de servicios: **i)** Inexistencia de subordinación frente a la entidad contratante, ya que el contratista presta el servicio con autonomia; **ii)** La contraprestación recibida por el contratista se denomina honorarios; **iii)** No se generan prestaciones sociales; **iv)** Por lo general se celebra con personas jurídicas y solo se celebran con personas naturales cuando la planta de personal de la entidad contratante no sea suficiente para realizar actividades propias o cuando se necesite de personal con conocimiento especializado que no posean los empleados de la planta de personal; **v)** La contratación de personas naturales debe realizarse por un término estrictamente necesario, lo cual impide la prolongación en el tiempo.

Mientras que el contrato de trabajo contiene las siguientes caracteristicas: **i)** implica la prestación personal del servicio, **ii)** existe una subordinación frente al empleador; **iii)** la contraprestación es denominada salario y dentro de las cuales se generan prestaciones sociales; **iv)** el servicio siempre será prestado por una persona natural, y **v)** el contrato de trabajo puedes ser indefinido en el tiempo.

Luego la posición asumida por el alto tribunal de lo contencioso varió en el año 2003, y en sentencia desconoció la relación laboral en el contrato de prestación de servicio fundamentándose en que entre la Administración –entidad contratante- y el contratista lo que puede existir es una relación de coordinación en sus actividades, es decir, que para hacer posible un efectivo funcionamiento de la actividad materia del contrato, puede haber un sometimiento que incluya cumplimiento de horario, recibir ciertas instrucciones de sus superiores, o el deber de presentar informes entre otras cosas, lo cual no indica necesariamente que tales circunstancias obedecen a una relación laboral por la configuración del elemento de subordinación. En la sentencia se dijo lo siguiente:

"...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

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

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."[2]*(Subrayas fuera del Texto)*

En el año 2005, el Consejo de Estado[3] retoma la posición asumida en el año de 1999, y es la de reconocer la existencia de una relación laboral cuando confluyen los tres elementos propios que son, prestación personal del servicio, subordinación y la remuneración (salario). En esta oportunidad el alto tribunal enfatizó que principalmente debería probarse la subordinación por ser una de las principales diferencias entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, además en el fallo el Consejo de Estado dejo muy claro que es irrelevante el hecho de que el trabajador consintiera lo estipulado en las cláusulas del contrato ya que los derechos que son de naturaleza laboral son irrenunciables, pues solo basta que los tres elementos antes descritos existan para que se configure la relación laboral. En cuanto al restablecimiento del derecho fue negado por la Sala Plena, y por el contrario estableció a titulo de indemnización que se cancelarían las prestaciones sociales que fueron pagadas a los empleados con funciones similares a las del demandante de ese caso en particular.

Reiterando su posición, El alto tribunal de lo contencioso dejó por sentado en el año 2008[4] que aunque se hubiese contratado por parte de la Administración mediante contrato de prestación de servicios, se presentaren los tres elementos propios del contrato de trabajo, existirá relación laboral. También dentro del mismo fallo se varió lo concerniente al restablecimiento del derecho pues se aceptó el mismo, basándose en que la lesión sufrida por el contratista puede ser restablecida al restituir al estado anterior de las cosas, esto es el pago de las prestaciones sociales, y en las cuales están incluidas el tiempo para pensión y el pago de las cotizaciones respectivas, además se admitió por el Consejo de Estado que los conceptos antes mencionados pueden ser reconocidos aún sin haber sido pedidos, toda vez que son prestaciones propias de la relación laboral y por lo tanto al hacerlo el juez no se estaría produciendo un fallo extra petita.

[2] Consejo de Estado. Sala Plena. sentencia del 18 de noviembre de 2003. Magistrado Ponente Dr. NICOLAS PAJARO PEÑARANDA.
[3] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección B. sentencia de junio 23 de 2005. Magistrado Ponente Dr. JESUS MARIA LEMOS BUSTAMENTE

[4] Consejo de Estado, Sección Segunda Sección- Subsección A, sentencia de 17 de abril de 2008, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCIA

El más reciente pronunciamiento del año 2009, el Consejo de Estado sostuvo su posición en cuanto a que al coexistir los tres elementos del contrato laboral se desvirtúa la existencia de un contrato de prestación de servicios lo cual conlleva al reconocimiento de la existencia del contrato realidad y por ende las respectivas prestaciones sociales.

"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. (Art. 53 C.P.)."[5]

Ahora en esta sentencia se vuelve a variar la posición en lo que respecta al reconocimiento de las prestaciones sociales, ya que éstas se reconocerán ***a título de reparación del daño*** y no de restablecimiento del derecho, ya que lo último implicaría el reintegro y el pago de lo dejado de percibir.

Con respecto a la reparación, advierte la reciente posición jurisprudencial que la indemnización debe ser integral, es decir, deben estar todos los factores que comprenden las prestaciones sociales llámense primas, cesantías, riesgos profesionales y otros, que se darán basándose en lo devengado por un empleado público que tenga una situación similar a la del accionante-contratista.

Otro punto también aclarado, es que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral no conlleva automáticamente a reconocerle al Contratista la calidad de empleado público, ya que no se cumplen los presupuestos del artículo 122 de la Constitución Política, en lo que se refiere a la existencia previa del cargo en la planta de personal, no existe funciones asignadas y mucho menos emolumentos previstos en el presupuesto de la entidad y finalmente que no se supere el límite de los tres (3) años para presentar la reclamación ante la entidad una vez se termina el supuesto vinculo contractual[6].

CASO CONCRETO

De conformidad con lo expuesto, se tiene que, para la prosperidad de las pretensiones dentro de la acción de nulidad y restablecimiento encaminadas a la declaratoria de un contrato realidad con la administración, se hace necesario que se encuentren debidamente configurados y probados los tres elementos de la relación laboral, esto es: **a)** la existencia de la prestación personal del servicio, **b)** la continuada subordinación laboral y, **c)** la remuneración como

[5] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de febrero 19 de 2009, Magistrada Ponente Dra. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ
[6] Consejo de Estado Sección Segunda, Sentencia 20001233100020110014201.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

contraprestación del mismo; pero se hace énfasis en que principalmente se debe haber acreditado lo que hace referencia a la subordinación del supuesto contratista con la entidad accionada. Así pues, pasa el Despacho a analizar cada uno de estos elementos para determinar si entre los demandantes y el ente territorial demandado existió una relación de carácter laboral.

Ahora bien, como se ha señalado, en razón a la importancia que tiene el determinar si la relación contractual se prestó de forma continua y bajo subordinación respecto de la administración, el Despacho analizará este aspecto como primer punto de debate, pues de lo contrario, no resultaría procedente continuar estudiando los demás elementos que debieron configurarse y probarse.

En el acervo probatorio encontramos:

Petición elevada por el actor ante la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO, en la cual solicita la declaración y reconocimiento de contrato realidad, la cual es resuelta de manera negativa por la Empresa Social, folios 16 a 26.

Aparte de las anteriores piezas probatorias que se aportaron en durante el debate procesal, no se allegó prueba que demuestre o generara certeza sobre la materialización de los elementos que desnaturalizan la vinculación por contratos de prestación de servicios, y se llegue a configurar una relación laboral como sería por ejemplo testimonios (Se decretaron, pero no asistieron a la audiencia de pruebas), circulares, llamados de atención, que demuestren el cumplimiento de un horario y/o la subordinación ya que la sola existencia de los contratos de prestación de servicios no demuestran los elementos que el Consejo de Estado en su innumerable Jurisprudencia ha dicho que deben cumplirse para declararse una relación laboral, destacándose que ni aun los mentados contratos se trajeron al expediente.

Sobre la carga de la prueba, el mismo Consejo de Estado[7] ha dicho que es "*una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos*"[8]. Sobre este tema se ha expresado el H. Consejo de Estado[9] ha sostenido:

---

[7] Consejo de Estado, sentencia 17995 proferida por la Sección Tercera el 28 de abril de 2010. M.P Mauricio Fajardo Gómez.

[8] PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de derecho probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional. 2007, pág. 249. De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: *"Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole*

(...)

La noción de carga ha sido definida como "una especie menor del deber consistente en la necesidad de observar una cierta diligencia para la satisfacción de un interés individual escogido dentro de los varios que excitaban al sujeto". La carga, entonces, a diferencia de la obligación, no impone al deudor la necesidad de cumplir -incluso pudiendo ser compelido a ello coercitivamente- con la prestación respecto de la cual se ha comprometido con el acreedor, sino que simplemente faculta -la aludida carga-, a aquél en quien recae, para realizar una conducta como consecuencia de cuyo despliegue puede obtener una ventaja o un resultado favorable, mientras que si no la lleva a cabo, asume la responsabilidad de aceptar las consecuencias desventajosas, desfavorables o nocivas que tal omisión le acarree.

Trayendo este concepto al ámbito del proceso y de la actividad probatoria dentro del mismo, la noción de carga se traduce en que a pesar de que la igualdad de oportunidades que, en materia de pruebas, gobierna las relaciones entre las partes procesales, dicho punto de partida no obsta para que corra por cuenta de cada una de ellas la responsabilidad de allegar o procurar la aportación, al expediente, de la prueba de ciertos hechos, bien sea porque los invoca en su favor, bien en atención a que de ellos se deduce lo que pide o a lo que se opone, ora teniendo en cuenta que el hecho opuesto está exento de prueba -verbigracia, por venir presumido por la ley o por gozar de notoriedad o por tratarse de una proposición (afirmación o negación) indefinida-. (subrayado fuera del texto)

(...).

Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. El tratadista Devis Echandia define la expresión carga de la siguiente manera[10]:

---

haciéndolo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones." DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoria general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis 2002., pág. 405. De lo anterior, este último autor afirma: "De las anteriores consideraciones deducimos la siguiente definición: *carga de la prueba es una noción procesal que contiene una regla de juicio, por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables."* Idem. pág 406.

[9] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de diciembre 11 de 2007. Radicado 11001031500020060130800.

[10] DEVIS ECHANDIA. Op. Cit., pág. 401. El autor citado elabora una excelente presentación sobre las distintas posiciones teóricas sobre el contenido de la noción *carga*. Las mismas se pueden encontrar en Ibid., págs. 378-401.

> [...] podemos definir la carga como un poder o facultad (en sentido amplio), de ejecutar, libremente, ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propio, sin sujeción ni coacción y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho a exigir su observancia, pero cuya inobservancia acarrea consecuencias desfavorables.

En ese orden de ideas, el contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento[11].

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*.

En conclusión, no encuentra el Despacho el cumplimiento de los elementos fácticos y jurídicos para declarar la existencia de una relación laboral entre el demandante CAMILO HUMBERTO ARENAS AMAYA y la ESE HOSPITAL LOCAL DE TURBACO; razón por la cual se negarán las pretensiones de la demanda.

COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "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".

Hoy debemos entender que la remisión normativa debe hacerse al Código General del Proceso y por lo tanto acudimos artículo 365 de la ley 1564 de 2012, en donde se establece que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso

Ahora, para que proceda la condena en costas a la parte vencida en un proceso, se debe tener en cuenta que solo hay lugar a ella cuando en el expediente aparezca que se causaron y están sujetas a demostración efectiva Así lo dispone el numeral 8 de la norma citada:

[11] En ese mismo sentido consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas el 19 de agosto del 2009, Exp. 17.563 y del 18 de febrero de 2010, Exp. 18006, entre otras.

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar

REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA

"……

8. Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación."

En el presente caso el despacho estima que no es procedente la condena en costas a la parte demandante, por cuanto la finalidad de las mismas es retribuir a la contraparte los gastos en que incurrió en el ejercicio de su defensa, lo cual no se cumple en este caso porque no se observa que la entidad demandada haya incurrido en gastos procesales y no se acreditó la causación de las agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas.

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, archívese el expediente, dejando las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ENRIQUE ANTONIO DEL VECCHIO DOMINGUEZ
Juez Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena

Centro, Avenida Daniel Lemaitre Calle 32 # 10-129 4to piso Edificio Antiguo Telecartagena
E-mail: admin08cgena@cendoj.ramajudicial.gov.co - Teléfono 6648512 – fax 6647275
Cartagena de Indias D.T.C.- Bolivar