



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA
SALA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: LUIS NORBERTO CERMEÑO

Arauca, Arauca, diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Proceso : 81 001 3333 002 2014 00008 01
Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Demandante : Anacelia Parales Carrero
Demandado : E.S.E Departamental Moreno y Clavijo
Providencia : Sentencia de segunda instancia

Decide el Tribunal Administrativo de Arauca el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 17 de mayo de 2018 por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, mediante la cual accedió a las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. La demanda

Anacelia Parales Carrero presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la E.S.E Departamental Moreno y Clavijo (fl. 1-261).

Dentro de los **hechos** que se invocan, manifiesta que celebró contratos estatales desde el 25 de julio de 2005 hasta el 2 de mayo de 2013 con la E.S.E. Departamental Moreno y Clavijo, para que prestara sus servicios en el área de servicios generales en el Hospital San Antonio de Tame; que durante ese tiempo los prestó personalmente y bajo la subordinación jerárquica de la demandada, recibiendo remuneración mensual, cumpliendo horario de trabajo, y acatando las órdenes impartidas por su superior inmediato, con útiles de aseo y elementos de trabajo entregados por la entidad, y que durante la ejecución temporal de cada contrato celebrado y posterior a ello, no le fueron reconocidas prestaciones sociales, ni ningún otro emolumento.

En las **pretensiones**, solicita que se declare la nulidad del oficio IG-100-667 del 3 de septiembre de 2013, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que pidió; a título de restablecimiento del derecho, que se declare la existencia de una relación laboral y se condene a la demandada al pago de las prestaciones sociales causadas durante el periodo de prestación de sus servicios, entre otras.

Como **normas violadas** cita la Constitución Política (Artículos 12 y 53) y la Ley 80 de 1993. Y como **concepto de la violación** expone que dichas disposiciones constitucionales establecen claras y objetivas prerrogativas en favor de los trabajadores como principios mínimos, lo que se desconoce con el acto demandado para negarle un derecho que la jurisdicción ha protegido cuando se vincula al servicio bajo la modalidad



de contrato de prestación de servicios, y sobre todo para cumplir con la primacía en el orden laboral, y con las pruebas del expediente se refleja la equivocada decisión administrativa.

2. La contestación de la demanda

La entidad pide (fl. 278-288, 456-463) que se nieguen las pretensiones por cuanto carecen de respaldo real y por ende de asidero jurídico, se pronuncia frente a cada una de ellas y considera que con Anacelia Parales Carrero existió una relación contractual, razón por la que la laboral no existe, y no es cierto que se le deban reconocer y pagar prestaciones sociales ya que es claro que su actividad siempre la desarrolló en el marco de las obligaciones pactadas y en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pero en especial, en razón a las necesidades del servicio para cumplir sus fines estatales ante la carencia de personal de planta.

Expresa que en los contratos de prestación de servicios se estipularon unas obligaciones, plazo de ejecución y pago de honorarios, por lo que no le asiste razón al indicar que el cumplimiento del objeto lo realizó en forma subordinada y dependiente; que no existe prueba sumaria de que hubiese sido trabajadora, lo que existió fue una de coordinación para la ejecución de las labores estipuladas en cada uno de ellos, y que el criterio según el cual su labor fue subordinada a los reglamentos propios del servicio público, por desarrollar la actividad en igualdad de condiciones con los demás funcionarios de la entidad, es inaceptable, porque la Ley permite hacerlo cuando es por necesidad de la Administración.

Plantea las excepciones de "*prescripción*" e "*inexistencia de la obligación*".

3. La sentencia apelada

El Juzgado Primero Administrativo de Arauca en sentencia del 17 de mayo de 2018 (fl. 583-600), declaró la excepción de prescripción de derechos y la nulidad del acto demandado, y accedió a las pretensiones.

Consideró que además de las obligaciones establecidas en los contratos, la demandante debía atender otro tipo de actividades, que recibió el pago de honorarios como contraprestación, los cuales fueron cancelados mensualmente y su vinculación se prolongó por más de siete años con algunas interrupciones; razón suficiente para afirmar que la prestación de servicio no se dio en forma temporal, sino sucesiva, siendo dable concluir que era inherente a la entidad y debió cumplirse con personal de planta por tratarse de actividades propias del objetivo misional, esto es, el servicio público de salud, como las concernientes a la recolección de residuos sólidos hospitalarios, lavado, planchado de ropa hospitalaria, desinfección de las instalaciones, entre otras, que son labores inherentes al servicio y debían ejecutarse de forma permanente, y que no es de recibo la falta de recursos para realizar vinculaciones bajo esa modalidad.



Señala que para el desempeño de estas labores que no eran coordinadas, siempre estuvo bajo la supervisión y vigilancia del jefe inmediato, debió cumplir un horario de trabajo, además, cuando se presentaba alguna emergencia debía acudir de inmediato al ente hospitalario y cumplir con un cuadro de turnos, y *“que la demandante no contaba con la posibilidad de discutir las condiciones de cada uno de los contratos que suscribió, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la prestación del servicio le eran fijados de antemano por la ESE Departamental Moreno y Clavijo y en forma directa por el Director del Hospital San Antonio de Tame, por ser allí el espacio físico donde ejercía sus actividades, lo cual indica una subordinación permanente con la institución y no una simple coordinación”*.¹

4. El recurso de apelación

4.1. La demandada manifiesta (fl. 608-613) que no está de acuerdo con algunos apartes del fallo; se refiere a que las vacaciones y la prima no son prestaciones sociales comunes en la liquidación prestacional como consecuencia del reconocimiento de la existencia de la relación laboral, sino que constituyen un descanso remunerado y auxilio económico otorgado al trabajador adicional al salario por el tiempo laborado y como contribución al disfrute de las mismas, por lo que deberá revocarse.

Expresa que el acto acusado estuvo sujeto a la Ley 80 de 1993 y al manual de contratación que rige en la entidad, no existe un acto administrativo de nombramiento, la motivación para que se adelantara la contratación fue la carencia de personal en la planta, que de no generarse haría insuficiente la atención a la comunidad, y no se observan vicios del consentimiento que pudiesen determinar una nulidad o ver un tipo diferente al de prestación de servicios. Y los testimonios de Carmen Marina Maya Reina y Sara Villamizar Marulanda no gozan de credibilidad y deben ser tachados por la relación de amistad con la demandante.

5. Trámite surtido en la segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido y se ordenó la presentación de alegatos y concepto (fl. 675).

6. Los alegatos de conclusión

6.1. La demandante manifestó (fl. 680-684) que la sentencia se ajusta a los criterios del Consejo de Estado en el sentido de verificar la presencia de elementos que configuran el contrato realidad, esto es, la subordinación, la remuneración mensual, la labor directa y personal

¹ Las transcripciones que se incluyen en esta sentencia, así están escritas en el texto del que se tomaron; por lo tanto, los errores, imprecisiones y resaltados son del original, y con este aviso general, no se hará la advertencia específica cada vez que se amerite un (sic), para evitar su inútil y prolífica repetición; no obstante, se advierte que de algunas citas se suprimen notas de pie de página, por lo cual o no aparecen todas las del texto o las que aparecen no siempre tienen el mismo número que registra la sentencia o el documento original que se transcribe.



realizada, entre otras. Señala que con la sola labor de auxiliar de servicios generales desarrollada y con los testimonios válidos y eficaces, se avizora sin equívoco alguno la subordinación laboral y la carga excesiva que debía cumplir, y que las exposiciones defensivas de la demandada se soportan en aspectos meramente formales sin aplicabilidad alguna al litigio.

6.2. La demandada no presentó alegatos de conclusión.

7. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público guardó silencio en esta instancia.

CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, procede la Sala a decidir de fondo el presente proceso judicial.

1. El problema jurídico

Consiste en: ¿Procede revocar la sentencia de primera instancia, como lo plantea la demandada en el recurso de apelación?

2. Análisis de aspectos procedimentales

2.1. Sentencia de fondo. El proceso cumple con el cometido encargado a la Administración de Justicia de dirimir la disputa puesta a su consideración².

2.2. Sobre las excepciones. En el recurso de apelación no se planteó discusión en el tema. Y sobre **excepciones de oficio**, no se encuentra probada alguna para declarar (Artículo 187, CPACA)³.

3. Pruebas recaudadas

Del acervo probatorio allegado y valorado, se destacan las siguientes:

² Significa que se controló en forma exitosa la legalidad procesal en todos sus aspectos, como jurisdicción, competencia, otros presupuestos procesales, y sin nulidades u otros trámites por decidir.

³ CPACA hace referencia al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normativa que reemplazó al C.C.A, lo que a su vez, corresponde al Código Contencioso Administrativo, vigente hasta el 2 de julio de 2012 pero que se aplica en los procesos iniciados antes de esa fecha. Cuando se escriba C. Po, se hace alusión a la Constitución Política de Colombia; C.P.C es el Código de Procedimiento Civil; CGP es el Código General del Proceso; al mencionar C.C. es Código Civil, CST es Código Sustantivo del Trabajo, C. Co. es Código de Comercio y E. T. Estatuto Tributario. C. P. es Código Penal y CPP se refiere al Código de Procedimiento Penal. M. P. es el Magistrado Ponente en sentencias que se citan; de otra parte, "fl" indica el número de folio o página en donde se encuentra la prueba invocada, "c" se refiere a la carpeta o cuaderno que la contiene.



- a. Acto administrativo demandado: Oficio IG-100-667 del 3 de octubre de 2013, por el cual se le negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales que reclama Anacelia Paraless Carrero (fl. 60-65).
- b. Derecho de petición del 16 de septiembre de 2013 (fl. 55-59).
- c. Certificaciones y contratos de prestación de servicios suscritos entre la E.S.E Departamental Moreno y Clavijo y la demandante, y documentos anexos (fl. 66-230, 295-433, 498-553).
- d. Testimonios de Carmen Marina Maya Reina y Sara Villamizar Marulanda (554-556).

4. El caso concreto

4.1. Se trata de establecer si la demandante tiene derecho al pago de prestaciones sociales por su vinculación con la entidad demandada mediante contratos de prestación de servicios, cuando aduce que en realidad se trataba de una relación laboral.

4.2. Los cuestionamientos a la providencia de primera instancia⁴.

Se revisa el texto del recurso de apelación y se extrae como conclusión, que cuestiona lo siguiente:

- a).** El acto acusado estuvo sujeto a la Ley 80 de 1993 y al manual de contratación de la entidad, por lo que no hubo relación laboral.
- b).** Las vacaciones y la prima de vacaciones no son prestaciones sociales comunes en la liquidación como consecuencia del reconocimiento de la existencia de la relación laboral, y debe revocarse.
- c).** Los testimonios de Carmen Marina Maya Reina y Sara Villamizar Marulanda, no gozan de credibilidad y deben ser tachados debido a la relación de amistad que sostienen con la demandante.

4.3. Es necesario precisar que las entidades estatales bien pueden vincular a personas mediante el contrato de prestación de servicios, sin que la relación que se establezca genere el pago de prestaciones sociales. Así lo consagra el artículo 32 de la Ley 80 de 1993:

⁴ Cuando se trata de resolver un recurso de apelación, y teniendo en cuenta que el principio *tantum devolutum quantum appellatum* (cuanto apela, tanto se decide) descansa sobre dos pilares: la congruencia y la facultad de disposición, significa que la segunda instancia *-ad quem-* deberá pronunciarse solo sobre aquellos cargos expresamente invocados contra la decisión del *a quo* (la primera instancia), pues frente a lo que no se cuestiona en la apelación, se tiene por aceptado y consentido; vale decir, que sólo es dable decidir y conocer aquellas circunstancias a las que ha limitado en forma concreta y expresa la apelación del recurrente, excepto cuando se trata de nulidades (art. 145, C.P.C; 137 del CGP), excepciones de oficio (art. 164, CCA; 180.6, 187 inc.2, CPACA), y sentencias inhibitorias o ilegales que se revocan y pueden ser desfavorables al apelante único, pues son temas que deben abordarse así no se planteen en el recurso de apelación; hay otras excepciones a la regla general (M. P. Danilo Rojas Betancourth, 17 de noviembre de 2016, exp. 1999-0200801) derivadas (i) de la facultad del *ad quem* para manifestarse sobre aspectos implícitos de los argumentos de la apelación y, (ii) de los cuerpos normativos que le imponen el deber de pronunciarse de oficio sobre un asunto en específico; también deben observarse principios de convencionalidad sobre el tema.



"3o. Contrato de Prestación de Servicios.

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".

Esta norma jurídica fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-154-97 del 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara, condicionada a que no genera prestaciones sociales, *"salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada"*.

De manera que cuando existe controversia entre la entidad estatal y el contratado bajo esta modalidad, porque la contratante no reconoce las prestaciones sociales que se solicitan, el asunto se convierte en eminentemente probatorio, respecto de la subordinación que pudo existir, pues es este elemento el que dirá si en realidad la relación establecida fue de mero corte contractual o si se convirtió en una de carácter laboral.

Ello es así, por cuanto por regla general siempre están probados y no hay discusión, respecto de los otros dos elementos que se exigen para la existencia de esta última, ya que confluyen de idéntica manera en los dos tipos de vinculación -laboral y contractual-, referidos a la remuneración (en la primera se denomina salario y en la segunda honorarios) y a la prestación personal del servicio (se presenta cuando el contratista es una persona natural).

En forma consecencial, si se prueba que no existió la subordinación, no se pagarán ni se ordenarán en vía judicial las prestaciones sociales reclamadas; pero si se prueba tal elemento, deben ser reconocidas y pagadas -ya no a título de indemnización-, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política (C. Po).

Al respecto, sobre el contrato de prestación de servicios el Consejo de Estado (M.P. Alfonso Vargas Rincón, 8 de agosto de 2011, rad. 08001-23-31-000-2001-02100-01, 1078-09) precisó:

"El contrato de prestación de servicios, no genera retribución distinta que los honorarios en él pactados, la entidad estatal lo celebra en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser desarrollada por personas vinculadas a la entidad o cuando requiere de conocimientos especializados para lo cual se han establecido las siguientes características:

- El contrato versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores, en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia.



- El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad.
- La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico o científico, constituye el elemento esencial del contrato.
- El contratista dispone de amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del objeto contractual, delimitada por el plazo y la realización de la labor.
- La vigencia del contrato es temporal. Su duración debe ser delimitada por el tiempo indispensable para realizar el objeto contractual.
- La actividad puede ser desarrollada por una persona natural o jurídica".

Por su parte, además de los pronunciamientos del Consejo de Estado, en el debate judicial se debe tener en cuenta también la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema, especialmente cuando ha hecho precisiones sobre la diferencia existente entre el contrato de prestación de servicios, con las situaciones en las que la administración pretende disfrazar una verdadera relación laboral, como cuando realiza sucesivas vinculaciones bajo la modalidad contractual, somete a subordinación al contratista, entre otras, para tratar de eludir el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Dentro de las providencias proferidas, se tienen las sentencias C-555 de 1994, C-154 de 1997 y C-614 de 2009; en ésta última se exige que para declarar la existencia de una relación laboral, debe analizarse cada caso concreto bajo los siguientes criterios: Funcional (la actividad es una de las usuales de la entidad), igualdad (las labores también son cumplidas por otros servidores públicos y se configuran los elementos de la relación laboral), temporalidad (constancia en la labor y horarios), excepcionalidad (calidad de conocimientos y si hay personal de planta) y continuidad (vinculación sucesiva).

4.4. Conforme con lo anterior, en este tipo de procesos la prueba se convierte en el aspecto fundamental del debate judicial.

En primer lugar, le corresponde al demandante desvirtuar la relación contractual y demostrar los elementos del vínculo laboral; por su parte y ante las pruebas que se presenten en su contra, la entidad estatal en segundo lugar, debe probar los extremos de la relación contractual para desechar así la reclamada relación laboral; ambos deben desplegar, pero con mayor exigencia se obliga a quien demanda, una amplia e idónea actividad frente a las pruebas que deben aportar a su favor y ante las que mutuamente presenten en contra de su oponente procesal, si aspiran a una sentencia favorable.

Es claro que los contratos de prestación de servicios, ejecutados en la forma en que se estructura una verdadera relación comercial entre los contratantes, en ningún caso generan relación laboral y en consecuencia, ningún tipo de prestaciones sociales, ya que además de ser un mandato legal (Artículo 32, Ley 80 de 1993), todo trabajador independiente debe asumir de su cuenta, con los honorarios pactados, lo que le



correspondería por tales conceptos, al tiempo que la Ley (Ley 100 de 1993) y lo convenido obligan a que esté afiliado al sistema de seguridad social en pensiones y salud, por lo que será su obligación hacer los aportes y cotizaciones y acreditarlo ante la entidad para el pago.

Por ello, si como consecuencia del resultado del debate procesal, quien demanda no pudo probar la relación laboral, o si efectivamente la entidad estatal demuestra que lo que se presentó fue una relación de mero carácter contractual, de forma clara se decidirá que no se generaron prestaciones sociales.

Pero en caso contrario, es decir resulta que en el proceso se demostró que sí existió una relación laboral entre la hoy demandante y la demandada, es jurídico que se ordene el pago de las prestaciones sociales que corresponden, ya que habría quedado en evidencia y con suficiente respaldo probatorio, que la mentada vinculación contractual era solo en apariencia y que en verdad, lo que se presentó con la ejecución de los contratos demandados, fue una de aquella naturaleza; y entonces debe tenerse en cuenta que en pleno reconocimiento de los derechos prestacionales que le pertenecen a la persona, no puede permitirse su desconocimiento por la simple firma de una hoja de papel, como lo ordena la Constitución Política (Preámbulo, artículos 1, 2, 13, 25, 53).

4.5. El principal objeto judicial de debate en estas controversias, versa sobre si se probó en el expediente el tercer elemento que requiere una relación laboral, el consistente en la subordinación o dependencia jurídica.

El Consejo de Estado (M. P. Gabriel Valbuena Hernández, 14 de abril de 2016, rad. 08001 23 31 000 2011 00668 01, 1292-2014), fija estrictos marcos sobre el tema:

"Sin embargo, las diferencias entre las mencionadas tipologías contractuales no se agotan con lo previamente enunciado. En efecto, esta Corporación en sentencia de Sala Plena del 18 de noviembre de 2003 señaló: (...)

En el aparte transcrito la norma **señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello;** bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisibles las tesis según las cuales tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.

En el caso sub-examine se demostró que la actora se vinculó a la Dirección Seccional de la Administración Judicial de Caldas a través de contratos de prestación de servicios (folios 47 a 55 C.2) con el objeto de desarrollar las actividades que se consignaron en las cláusulas primera y segunda. Y es



patente que no resulta contrario al ordenamiento jurídico el cumplimiento de funciones administrativas mediante la celebración y ejecución de tales convenciones. (...)

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 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.**

Y es, finalmente, inaceptable, que se sostenga que no existe diferencia entre los efectos de un contrato de prestación de servicios como el del sub-lite y los de una situación legal y reglamentaria con base en que tanto los contratistas como quienes se encuentran incorporados a la planta de personal se hallan en las mismas condiciones. **Y a este yerro se llega porque no se tiene en cuenta cabalmente que 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: El principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no tiene, adicionalmente, el alcance de excusar con la mera prestación efectiva de trabajo la omisión del cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales previstos para acceder a la función pública que, en la modalidad estatutaria, son el nombramiento y la posesión, los que a su vez presuponen la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una planta de personal y de la correspondiente disponibilidad presupuesta” (sent C-555/94).**



Como lo ha explicado la H. Corte Constitucional son los que se acaban de señalar elementos esenciales o sustanciales sin los cuales no es posible que se dé la situación legal y reglamentaria, ni es factible que se puedan pagar prestaciones sociales a quienes desarrollan la labor ni tampoco sumas equivalentes a ellas, porque, como se indicó, no se reúnen las exigencias ad-sustantiam para que se adquiriera la condición de empleado público⁵. (Negrilla fuera de texto)

De lo anterior se desprende que no necesariamente se está frente a un contrato laboral cuando se desempeñan funciones similares a las de los empleados de planta, dado que una relación legal y reglamentaria tiene requisitos especiales. Por otra parte, se debe resaltar que en el caso en que se labore en la sede de la entidad, por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia del contrato laboral.

También se desprende de la jurisprudencia citada *ut supra* que el hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, si no que se enmarcan en una relación de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración, para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio".

El precedente jurisprudencial transcrito reformuló los criterios sobre varios conceptos que se deben tener en cuenta al momento de definir si una relación contractual se transformó en una laboral, y los que ahora se estructuran se aplican al decidir el presente proceso; es de advertir que con la postura de nuestra Alta Corte se dejan atrás posiciones sobre el tema, especialmente probatorios (M. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 24 de junio de 2015, rad. 68001233100020100006701, 303 8-13), pues resultan opuestas a las de la reciente sentencia, entre otros aspectos, en lo referido a que la subordinación podía configurarse por el solo cumplimiento de horario, el recibo de instrucciones u órdenes y la prestación del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta.

En lo que sí coinciden las dos sentencias, que a su vez es un criterio pacífico y reiterado, es que como se indicó en la primera, "Con el fin de determinar si la relación entablada entre la demandante y la entidad demandada se enmarcó en una relación laboral, habrá de analizarse **cómo se desarrolló la misma** en el caso concreto", mientras que en la segunda se consagró que "Así las cosas, debe revisarse en cada caso **las condiciones bajo las cuales fueron prestados** los servicios en aras de esclarecer **bajo el análisis probatorio pertinente**, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, **para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso**." Resaltados fuera del original.

⁵ Consejo de Estado, Sentencia de 18 de noviembre de 2003, Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ), Magistrado Ponente: NICOLÁS PÁJARO PEÑARANDA.



Estos criterios han sido reiterados, entre otras, en las siguientes sentencias: M. P. Sandra Lisett Ibarra Vélez, 4 de mayo de 2017, exp. 2007-00062; M. P. César Palomino Cortés, 16 de marzo de 2017, exp. 2013-00072; y M. P. William Hernández Gómez, 6 de octubre de 2016, exp. 2009-00146.

4.6. Con la construcción jurisprudencial vigente, se establece para el momento de decidir cada caso concreto:

4.6.1. En el expediente debe estar probado:

- a. La existencia del contrato de prestación de servicios, en la solemnidad exigida, esto es, constar por escrito.
- b. La prestación personal del servicio.
- c. La remuneración pagada.
- d. La subordinación jurídica.

Por regla general, las tres primeras exigencias no generan dificultad en el proceso, y el punto de controversia se centra en la última de ellas.

4.6.2. El siguiente es el esquema de condiciones exigidas respecto del elemento de subordinación jurídica:

- a. El contrato de prestación de servicios se celebra para la realización de actividades relacionadas con la administración y el funcionamiento de la entidad, es decir, referidas al objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada; de ahí que no es sinónimo de subordinación, el que un contratista ejecute algunas de ellas.
- b. Debe ser persona natural el contratista.
- c. El contratista debe tener autonomía e independencia técnica o profesional, según el arte, ciencia, disciplina o profesión que tenga.
- d. No necesariamente se está frente a una relación laboral, cuando el contratista efectúe la misma actividad que un funcionario de planta: así estén realizando lo mismo, los dos vínculos tienen origen y efectos diferentes: Escogencia, ingreso, responsabilidades, exigencias legales y reglamentarias (Nombramiento, posesión), terminación o retiro, entre otras y la mera prestación personal del servicio no excusa la omisión de los requisitos constitucionales y legales.
- e. El sitio donde se prestó el servicio no significa identidad de la relación jurídica derivada del contrato con la situación legal y reglamentaria, pues el hecho que se labore en la sede de la entidad, por sí mismo, no da lugar a que se declare la existencia de la relación laboral.



f. El hecho de recibir instrucciones sobre la correcta prestación del servicio, cumplir determinados horarios, rendir informes sobre la prestación del mismo, utilizar equipos de la entidad, no constituyen elementos de una relación de subordinación continuada, si no que se enmarcan en una de coordinación que debe existir entre los contratistas vinculados mediante contrato de prestación de servicios y la administración, para la correcta ejecución de los recursos públicos en aras de prestar un mejor servicio.

g. Las interrupciones demuestran que el elemento sustancial de la subordinación continuada no se cumplió a cabalidad.

h. Se requiere poder disciplinario del contratante sobre el contratista, es decir capacidad jurídica real para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial, y competencia para imponer sanciones.

De manera que la subordinación no se presume, y por el contrario y en todo caso, debe probarse; y no es dable adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen los casos planteados ante la Jurisdicción.

Se recalca que en otros ámbitos judiciales, la relación laboral se puede presumir pero solo cuando no se haya suscrito un contrato –Aquí se exige en prueba solemne-, y ello no es aceptable en este tipo de proceso contencioso administrativo donde se reclama por contrato realidad.

4.6.2. Sobre otros aspectos estrechamente ligados al tema, como (i) conceptos a indemnizar y los que se excluyen, (ii) calidad de lo que se concede, (iii) prescripción, (iiii) valores sobre los cuales se liquidan los pagos, (v) destinatarios de giros, se han proferido providencias por parte del Consejo de Estado, dentro de ellas, la Sentencia de Unificación y de Importancia Jurídica del 25 de agosto de 2016, M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, rad. 23001233300020130026001.

4.7. En el recurso de apelación se cuestionaron las decisiones de primera instancia referidas a la nulidad del acto administrativo demandado, en cuanto a la existencia de la subordinación jurídica, al reconocimiento de vacaciones y prima de vacaciones y a la credibilidad de los testigos.

Es preciso advertir que en el expediente se acreditó que durante los distintos lapsos de vinculación contractual, la demandante prestó sus servicios de manera personal en cumplimiento de las obligaciones pactadas con la entidad, y que esta le pagó la remuneración convenida mediante el concepto de honorarios que convinieron, y en esos aspectos no se planteó disputa alguna en el proceso.



Por lo tanto, se probaron los dos primeros elementos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio y la remuneración.

4.8. En el primer reproche de la apelante contra la decisión de primera instancia, plantea cuestionamientos sobre el elemento de la subordinación jurídica y la nulidad que se declaró del acto administrativo, lo cual se analiza en este numeral.

4.8.1. En el expediente se probaron las siguientes circunstancias referidas a la relación que sostuvieron las partes contractuales.

a). Contratos suscritos:

- 2005: 066, 422, 491 y 848 (fl. 68-77).
- 2006: 156, 319, 518, 758, 1119, 1289, 1700, 2038, 2262, 2435 y 2774 (fl. 79-110).
- 2007: 025, 306, 487, 845, 1268, 1702 y 2964 (fl. 111-131).
- 2008: 100, 813 y 1358 (fl. 132-140).
- 2009: 03-1805 (fl. 141-144).
- 2010: 03-158, 03-893, 03-1412, 03-1849, 03-2094 y 03-2400 (fl. 145-168).
- 2011: 03-186, 03-478, 03-873, 03-1220, 03-1457, 03-1944, 03-2275, 03-2449 y 03-3094 (fl. 169-197).
- 2012: 03-090, 03-653, 03-1044, 01-129, 01-656, 01-1128, 01-1548 y 01-1959 (fl. 198-221).
- 2013: 01-308, 01-765 y 01-1117 (fl. 222-230).

b). Entre los contratos hubo algunas interrupciones, siendo las mayores:

- 4 meses : 2 de agosto al 3 de diciembre de 2007 (fl. 126-131).
- 1 año, 5 meses : 2 de junio de 2008 al 1 de noviembre de 2009 (fl. 135-140).

La falta de vinculación contractual en estos periodos se confirma con la certificación de la entidad (fl. 66), y con la relación que hace la propia demandante (fl. 5, 28-31), donde no los incluyó, ni anexó prueba alguna.

Cuando se reclama en vía judicial que la ejecución de un contrato estatal de prestación de servicios ha derivado en relación laboral, lo primero que



se debe probar sin excepción, es la existencia del contrato estatal de prestación de servicios.

La falencia probatoria de no allegar contratos en este tipo de proceso, no la suplen los testimonios ni la versión de la propia demandante.

La Ley 80 de 1993 exige en su artículo 39, "De la forma del contrato estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito (...)", que se concatena con lo establecido en el artículo 41 "Del perfeccionamiento del contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito", lo cual establece como condición inexorable, salvo la excepción legal de algunos de urgencia manifiesta (Artículo 41, Ley 80 de 1993); el de prestación de servicios es uno de los que celebran las entidades estatales (Artículo 32.3, Ley 80 de 1993), como la ESE. Y en virtud de los artículos 1500 y 1501 del Código Civil, la exigencia de la solemnidad no se restringe solo a su situación de validez, sino que su omisión lo torna inexistente.

Así lo ha establecido el Consejo de Estado (M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 4 de mayo de 2017, rad. 0800123330000200700062-01, 27 de agosto de 2015, rad. 81-201300057-01, 3361-2014 y 12 de octubre de 2016, rad. 1300123330000201300047-01, 0808-2014).

c). El objeto de todos los contratos era el de la "Prestación de servicios por parte del contratista de AUXILIAR DE SERVICIOS GENERALES". En algunos de ellos se señaló el de "OPERARIO DE SERVICIOS GENERALES", pero en estos se consignaron las mismas actividades de la Auxiliar.

d). Las actividades pactadas con la hoy demandante, le exigían de manera reiterada, 1. Barrer, trapear, brillar los pisos, asear los baños dentro de la Unidad Asistencial. 2. Recoger las ropas de hospitalización, urgencias, lavarla y plancharla. 3. Servir agua y tintos a los funcionarios o personal de la entidad. En algunos se adicionó la recolección de residuos hospitalarios y la desinfección del Hospital por áreas, y en otros rastrillar, limpiar vidrios, polvo en equipos, escritorios, ventanas, puertas y quitar telarañas.

e). Las labores convenidas fueron debidamente cumplidas por la entonces contratista, como se acredita con recibos de pago allegados al expediente (fl. 501-553), y a que ninguna prueba en contrario se presentó o se adujo por parte de la entidad estatal.

4.8.2. Por las características que tenían las actividades que debía cumplir la hoy demandante, se establece que no tenía una autonomía técnica ni administrativa para disponer según sus propios criterios, de la forma en que se ejecutaban; en ese mismo sentido, tampoco tenía la competencia para decidir con su libre voluntad, de tiempos especiales, de dedicación diferente, de rutas discrecionales, o procedimientos o métodos



unilaterales, para realizar las labores pactadas, las que no admitían ser de mera coordinación, por lo que estaba sujeta a todos los requerimientos que le ordenaran los directivos de la ESE.

Significa que en la realidad, tales actividades son las de alguien que las cumple en ejercicio de solo carácter administrativo, dependiente de los procedimientos adoptados por la entidad, sin posibilidad alguna de pretermitirlos o de adecuarlos a su propia y particular disposición.

Es necesario precisar que en múltiples contratos ni siquiera se le exigía la presentación de informes de actividades, pero dicha exigencia que se hizo en otros no desvirtúa los criterios expuestos, toda vez que ratificarían su labor netamente administrativa que cumplía y que la desplegó acorde con los requerimientos de aseo, lavado, planchado, limpieza, recolección, preparación y reparto de agua y tinto y desinfección que se necesitaban para satisfacer las obligaciones institucionales, como lo establecía el numeral 7 de la cláusula segunda de varios contratos (fl. 216).

Tales circunstancias acreditan la existencia de una subordinación o dependencia jurídica de Anacelia Parales Carrero frente a la entidad estatal que la contrató.

No alcanza a desvirtuar esa sujeción, el hecho que en algunas oportunidades ella pudiera ausentarse del servicio eligiendo y pagando de sus ingresos a quien la reemplazara, como lo declaró Carmen Marina Maya Reina (fl. 554-556), ya que no aparece en el expediente otra prueba que permita establecer una autonomía mayor en su favor.

Por otra parte y si bien no es un elemento suficiente que la estructura, en el expediente está demostrado que existió continuidad en la vinculación de la demandante desde el 1 de noviembre de 2009 para ejercer las actividades para las cuales se le contrató, consistentes en la prestación de servicios en el área de servicios generales, pues ésta parte contractual se repitió de manera permanente, lo cual se ratifica con la certificación emitida por la E.S.E. Moreno y Clavijo (fl. 66); y con los contratos de prestación de servicios que fueron suscritos de manera sucesiva desde entonces, con algunas pocas interrupciones (fl. 141-230).

Ello significa que sí existió la relación laboral que declaró el *a quo* ya que se ejecutaron actividades de manera dependiente, y existió el elemento de subordinación laboral o dependencia.

Por lo expuesto, este cargo planteado por la demandada en contra de la sentencia apelada en su recurso, no prospera.

4.9. La entidad demandada también critica en su impugnación, que se hayan concedido los conceptos de vacaciones y prima de vacaciones, pues considera que no son prestaciones sociales comunes en la liquidación



como consecuencia del reconocimiento de la existencia de la relación laboral, y debe revocarse.

Debe tenerse en cuenta que el concepto de vacaciones no fue incluido en el listado expreso que otorgó el *a quo* y sí lo hizo con el de su prima (fl. 598-envés, 599-envés),

Es necesario advertir que sobre este tema no hay unanimidad en nuestra Jurisdicción, cuando se trata de contrato realidad, pues en otros asuntos de carácter laboral no habría discusión. Y en esta providencia por mayoría se acogen los que a continuación se consignan para excluir el pago por vacaciones, prima de vacaciones, indemnización y compensación por ellas, ya que se consideran fundamentos sólidos, plausibles y acordes con la normativa aplicable y precedentes jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre el particular, lo cual permite distanciarse de los que ha expuesto en varias sentencias también nuestra Alta Corte, donde sí concede dichos conceptos, dentro de ellas: M. P. Gerardo Arenas Monsalve, 4 de febrero de 2016, rad. 810012333000 20120002001, 0316-14; M. P. César Palomino Cortés, 14 de febrero de 2019, rad. 66001 233300020110028201, 1824-2017.

Cuando se trata de los derechos a otorgar por la figura jurídica del contrato realidad, se excluyen varios conceptos respecto de los cuales no procede hacer reconocimiento y pago, como es el caso de vacaciones ni su prima o indemnización o compensación, prima técnica, dotación, recargos por trabajo nocturno o festivo, horas extras, dominicales y festivos, diferencias entre salarios y honorarios, gastos de la contratación, retenciones, sanción moratoria, ni remuneración no erogada.

Las razones del no reconocimiento están dadas en que dichos conceptos solo le corresponden a quien ostente la calidad de empleado público, condición que no obtienen los contratistas así se declare su relación laboral; y además de ello, las vacaciones tienen la naturaleza de un descanso y sus primas o indemnización o compensación accesorias siguen la suerte de lo principal; otras se conceden en razón de estudios como derecho de carrera administrativa, o no se demostró su causación, ni las autorizaciones del Jefe de la entidad, o son propios de la actividad contractual y se erogaron precisamente para acceder a la vinculación que se ostentó, o corresponden a conceptos tributarios cuya disposición es ajena a la ESE, o su reconocimiento en vía judicial se restringe a las cuantías pactadas como honorarios sin consideración ni comparación con los salarios que podrían devengar los servidores públicos de planta que pudieran ejercer similares actividades, o porque su exigibilidad surge a partir de esta sentencia, o ser ajena su discusión a este tipo de proceso donde se discute es la figura jurídica del contrato realidad.

Se respalda la decisión que se adopta además, en otras providencias de nuestra Alta Corte, en las que consagró que *"Lo anterior en razón a que, quien pretende demostrar el contrato realidad no ostenta ni puede*



acreditarse la calidad legal de empleado público y por ende, carece del derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones"; de ahí que procede negar tales conceptos, en los que se reitera, incluyen las vacaciones y sus accesorios de prima, indemnización y compensación. Entre otras: M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 26 de octubre de 2017, rad. 810012333000 2013 0011801; M. P. William Hernández Gómez, 6 de octubre de 2016, rad. 68001233100020090014601.

El Consejo de Estado precisó exactamente sobre este tema que se impugnó igual que aquí (M. P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 20 de septiembre de 2018, rad. 66001233300020160026201, 2046-17:

"61. De otra parte, encuentra la Sala que el accionante controvierte la sentencia de primera instancia al considerar que la misma omitió pronunciarse respecto de las vacaciones, prima de vacaciones y devolución de los valores pagados por concepto de cotización en salud y pensión.

62. Al respecto, debe señalarse que conforme la normatividad relacionada en el ítems 3.1.2. del presente proveído y lo sostenido por la jurisprudencia de esta corporación⁶, no es posible ordenar el pago de las vacaciones ni su compensación en dinero, toda vez que estas no son salario ni prestación, sino que corresponden a un descanso remunerado para el empleado por cada año de servicios.

63. Ahora, con relación a la prima de vacaciones reclamada por el accionante, señala la Sala que la misma se adquiere por el tiempo de servicio exigido en la ley y se goza de ella cuando se disfrutan las vacaciones, situación que no es la acaecido en el demandante, precisamente porque en párrafo antecedente se sostuvo que al no constituir la vacaciones una prestación social sino un descanso remunerado, no le asiste el derecho a su disfrute ni su compensación en dinero, pues la misma no está consagrada como retribución del servicio prestado, por lo tanto, si la prima de vacaciones la otorga la ley cuando se tiene derecho a las vacaciones, para el caso bajo estudio, al no tener el demandante derecho al descanso remunerado por consiguiente, no hay lugar a otorgarle la aludida prima reclamada".

Se resalta que esta sentencia es posterior a la de unificación del 25 de agosto de 2016 (M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, rad. 2300123330002013 0026001, 0088-2015), que si bien precisó temas fundamentales, no se pronunció sobre los conceptos específicos a conceder, pues todos los declaró prescritos y por ello los negó.

De manera que prospera este cargo del recurso de apelación de la entidad estatal, por lo que se modificará la sentencia impugnada para excluir de los conceptos a pagar, los de las vacaciones y la prima, indemnización y compensación de vacaciones.

4.10. El tercer reproche del recurso reprueba la credibilidad que se le otorgó a los testimonios que se recibieron en el proceso.

⁶ Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 6 de octubre de 2011. Radicado: 25000-23-25-000-2007-01245-01 (0493-11). Actor: Jomaira Benedicta Gaona Ordoñez. Demandado: Luis Carlos Galán Sarmiento ESE. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 29 de abril de 2010. Radicación: 05001-23-31-000-2000-04729-01 (0821-09). Actor: Carlos Mario Loaiza Mejía. Demandado: Politécnico Colombiano Jaime Isaza Cadavid.



En esta segunda instancia no se tuvieron en cuenta las declaraciones de Carmen Marina Maya Reina y Sara Villamizar Marulanda al analizar el tema de la subordinación jurídica, pero no debido a la relación de amistad que sostienen con la demandante que fue el fundamento de la apelante que no se acoge, sino porque carecen de credibilidad en lo que expusieron (fl. 554-556).

Es así por cuanto a ninguna de ellas le consta de manera directa la forma en la que la hoy demandante ejecutó las actividades que pactó.

Carmen Marina Maya Reina indicó que conoce a Anacelia Parales Carrero por ser vecina y usuaria del Hospital, sabía que en algunas épocas hacía el aseo y en otras lavaba y reconoce que nunca estuvo en su trabajo viendo qué hacía; sobre el horario indica solo que la veía pasar antes de las 6, llegar a eso de las 11 y volver en las tardes, igual los sábados y domingos y a veces le decía que iba en las noches, nunca la vio en vacaciones, en varios casos ella pagaba para que la reemplazaran y que a veces trabajó sin contrato. Significa que no tuvo conocimiento cierto de las circunstancias específicas de la labor que realizaba la entonces contratista, lo cual resalta al señalar apenas dos no simultáneas de las actividades pactadas, hablar de labores sin contrato cuando ni siquiera eso se reclamó en los hechos de la demanda e indica que su vinculación fue permanente y por ello no descansó lo que se desvirtúa con las dos interrupciones largas de cuatro meses y año y medio ya reseñadas atrás.

Por su parte, Sara Villamizar Marulanda tampoco se percató de manera directa y cierta de las actividades de la demandante, pues se le retiró del Hospital San Antonio en julio de 2005, mes en el que ella fue vinculada; además cita apenas que la veía pasar porque vivía a una cuadra de la Unidad Asistencial y que Parales Carrero le contaba; su dicho sobre que la contratista tenía que comprar jabón y escobas no se refiere siquiera en la demanda, y que tenía la obligación de trabajar sin contrato durante tres, cuatro, cinco y hasta seis meses sin los contratos tampoco se reclamó en el proceso y se desecha por la continuidad de los mismos, excepto de las dos largas interrupciones ya mencionadas.

Sin embargo, el descartar las declaraciones recibidas no incide en el resultado ya expuesto de tener por acreditado el elemento de subordinación jurídica en el caso, pues con las demás pruebas que se aportaron al expediente se demuestra en forma idónea y suficiente.

4.11. Por lo tanto y ante el problema jurídico que se planteó, se responde que es procedente modificar en forma parcial la sentencia impugnada, en lo referente a excluir de la condena el concepto de prima de vacaciones que se concedió y precisar que tampoco debe pagarse suma alguna por vacaciones, ni indemnización ni compensación de vacaciones.



5. Costas

No se produce condena en costas por el trámite de la presente instancia, ya que conforme con el artículo 188 del CPACA, la obligación de condenar a la parte vencida no lo es en forma inexorable u objetiva. Y desde el punto de vista de apreciación subjetiva, no se encuentra conducta reprochable de alguna de las partes en el proceso para aplicarlas, como acciones temerarias o dilatorias que dificulten el curso normal de las diferentes etapas del procedimiento, que si fuera el caso, sí operaría la remisión a los artículos 365 y 366 del CGP, como lo ha indicado el Consejo de Estado (Entre otras sentencias, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, 19 de enero de 2017, rad. 76001233300020130001501; M. P. Carmelo Perdomo Cuéter, 17 de febrero de 2017, exp. 810012333000 201300116 01).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

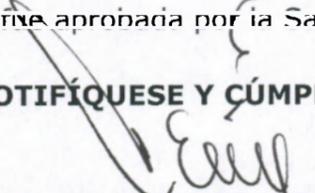
PRIMERO. MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia del 17 de mayo de 2018, proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Arauca, en cuanto a (i) Excluir de la condena el concepto de prima de vacaciones que se concedió y (ii) Precisar que tampoco debe pagarse suma alguna por vacaciones, ni indemnización ni compensación de vacaciones. En lo demás, **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

SEGUNDO. DECLARAR que no hay condena en costas.

TERCERO. ORDENAR que en firme la presente providencia, se devuelva el expediente al Despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

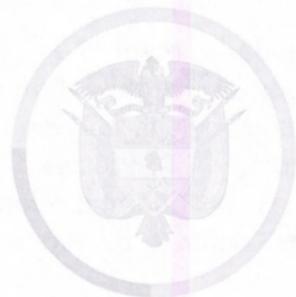
La presente providencia fue aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura

República de Colombia

[Handwritten signature]