



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN A
Consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez

Bogotá D.C., 28 de febrero de 2019

Radicación: 50001-23-33-000-2013-00075-01
Número interno: 0805-2015
Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho
Demandante: Nidia Marleny Cruz Velásquez
Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio

Ley 1437 de 2011

Sentencia O-28-2019

ASUNTO

La Subsección decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de agosto de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que negó las pretensiones de la demanda.

LA DEMANDA¹

La señora Nidia Marleny Cruz Velásquez, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 138 del CPACA, demandó a la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio.

Pretensiones²:

1. Declarar la nulidad del Oficio 100.25-00373 del 10 de septiembre de 2012, por medio del cual la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio negó el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente pago de las prestaciones sociales.

A título de restablecimiento del derecho solicitó lo siguiente:

2. Declarar que entre la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez y la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio existió una relación legal y reglamentaria, de carácter indefinido que terminó por

¹ Folios 1 a 32.

² Folios 1 a 7.



despido sin justa causa, y en consecuencia, se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o a otro de igual o superior categoría.

3. Ordenar a la entidad demandada a reconocer y pagar en favor de la demandante las sumas resultantes por concepto de: diferencia salarial, salarios desde la fecha de despido y hasta el reintegro efectivo, el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, bonificaciones, primas extralegales, prima técnica, aportes a salud, pensión y ARP, devolución de dineros retenidos por retención en la fuente, sanción moratoria por no consignación de las cesantías en un fondo.
4. Condenar a la demandada al pago de perjuicios morales tasados en 500 smmlv.
5. Condenar a la demandada al «[...] pago total inmediato del restablecimiento del derecho y de la reparación del daño causado, ordenando liquidar intereses de mora, si el pago no se hace efectivo en la oportunidad señalada [...]».
6. Ordenar el cumplimiento de la sentencia en los términos de los artículos «176 y 177 del CCA»

Como pretensiones subsidiarias, solicitó:

1. En caso de no ser procedente el reintegro, se ordene a la demandada pagar las sumas resultantes que debió percibir entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de julio de 2012, por concepto de: diferencia salarial, el auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, bonificaciones, primas extralegales, prima técnica, aportes a salud, pensión y ARP, devolución de dineros aportados por retención en la fuente, sanción moratoria por no consignación de las cesantías en un fondo.
2. «[...] Que a partir de la ejecutoria de la sentencia que ordene el pago de lo anterior, se causará a favor de la actora la indemnización contemplada en el artículo 1.º de la Ley 797 de 1949 [...]»

Fundamentos fácticos relevantes³:

1. La señora Nidia Marleny Cruz Velásquez se vinculó como auditora de promoción y prevención con la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio el día 1.º de junio de 2009 y laboró hasta el 31 de julio de 2012.

³ Folios 8 a 12.



Expediente: 50001-23-33-000-2013-00075-01

N.º Interno: 0805-2015

Demandante: Nidia Marleny Cruz Velásquez

Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio

Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

2. La demandante afirmó que las funciones que tenía que desarrollar para la ESE del Municipio de Villavicencio no diferían de las labores cumplidas por los profesionales universitarios auditores en promoción y prevención, de la planta de la entidad.

3. Asimismo, señaló que se sometió al mismo régimen de trabajo en relación con el reglamento interno, la jornada laboral de 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm, las facultades disciplinarias, y recibió órdenes del señor Álvaro Cardozo Castro, subdirector científico, de forma verbal y escrita. De igual forma, la demandante no tenía autonomía porque debía pedir permiso a su jefe inmediato, el subdirector científico, para ausentarse de sus labores en la jornada fijada por la ESE.

4. El día 27 de agosto de 2012, la señora Cruz Velásquez solicitó a la entidad demandada el pago de las prestaciones solicitadas en la demanda y la E.S.E, a través del Oficio 100.25-00373 del 10 de septiembre de 2012 dio respuesta negativa a la petición.

DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL⁴

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la prueba.⁵

En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvencción. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se realiza el siguiente resumen de la audiencia inicial en el presente caso, a modo de antecedentes:

Excepciones previas (art. 180-6 CPACA)

Bien podría decirse que esta figura, insertada en la audiencia inicial, es también una faceta del despacho saneador o del saheamiento del proceso, en la medida que busca, con la colaboración de la parte demandada, que la verificación de los hechos constitutivos de excepciones previas, o advertidos por el juez, al momento de la admisión, se resuelvan en las etapas iniciales del proceso, con miras a la correcta y legal tramitación del proceso, a fin de aplazarlo, suspenderlo, mejorarlo o corregirlo⁶.

⁴ Folios 145 bis a 151 y Cd a folio 145.

⁵ Hernández Gómez William, consejero de Estado, Sección Segunda. Módulo *Audiencia inicial y audiencia de pruebas*. (2015) EJRLB.

⁶ Ramírez Jorge Octavio, consejero de Estado, Sección Cuarta. Módulo *El juicio por audiencias en la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. EJRLB.



En el presente caso, a folio 146, se indicó lo siguiente respecto a la etapa de excepciones:

«[...] Con relación a las excepciones previas, no se aprecian las mismas, así como tampoco las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, por lo que es procedente igualmente finalizar esta etapa. [...]»

La decisión quedó notificada en estrados. Las partes manifestaron estar de acuerdo.

Fijación del litigio (art. 180-7 CPACA)

La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última.⁷

En el *sub lite*, en folios 146 y 147, el Tribunal fijó el litigio así:

«[...] Se está ante un control judicial de nulidad y restablecimiento del derecho en la que se predica la ilegalidad del acto administrativo contenido en el oficio No. 100.25-00373 del 10 de septiembre de 2012, proferido por el Gerente (E) de la E.S.E. del Municipio de Villavicencio, mediante el cual se le negó a la demandante el reconocimiento de una relación de servicio, el reintegro al cargo que venía desempeñando en la entidad (Profesional Especializado – Auditor de Promoción y Prevención) y el pago de las prestaciones sociales solicitadas en razón de la misma; como consecuencia de esto y a título de restablecimiento del derecho se pretende que se declare que entre el 1 de junio del 2009 al 31 de julio de 2012 existió de una relación de servicio propia de un empleado público entre la demandante y la E.S.E. municipal, sin solución de continuidad, por lo mismo se condene a la demandada a su reintegro, y al pago de todas las acreencias laborales derivadas de dicha relación. [...]».

La decisión quedó notificada en estrados. Las partes manifestaron estar de acuerdo con el litigio planteado.

SENTENCIA APELADA⁸

El Tribunal Administrativo del Meta, en sentencia escrita dictada el 26 de agosto de 2014, resolvió:

«[...] **PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda interpuesta por NIDIA MARLENY CRUZ VELÁSQUEZ contra la E.S.E. DEL MUNICIPIO DE VILLAVICENCIO, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante NIDIA MARLENY CRUZ VELÁSQUEZ por el 1% correspondiente al valor de la cuantía de la

⁷ Hernández Gómez William, Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

⁸ Folios 213 a 231.



Expediente: 50001-23-33-000-2013-00075-01

N.º Interno: 0805-2015

Demandante: Nidia Marleny Cruz Velásquez

Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio

Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

demanda (fol32), esto con base en los artículos 188 del CPACA y 366 – 4 del CGP, teniendo en cuenta lo dispuesto en el numeral 3.1.2 del artículo 6º del Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003, liquidación que será realizada por la secretaría del Tribunal. [...]» (Negrita del texto original)

La anterior decisión la profirió con fundamento en las siguientes consideraciones:

El Tribunal afirmó que pese a estar certificado que la señora Cruz Velásquez prestó su servicio como auditora del programa de promoción y prevención entre el 1.º de junio de 2009 y el 31 de julio de 2012, con algunas interrupciones, no se acreditó la subordinación o dependencia de esta con la entidad contratante en cuanto a que recibiera órdenes o instrucciones para desvirtuar la existencia de un contrato de prestación de servicios.

Señaló que los testigos de la parte demandante afirmaron que la señora Nidia Marleny Cruz nunca permanecía la jornada laboral completa y que todos los testigos coincidieron en que esta permanecía en la institución, generalmente, 40 minutos y máximo de 7 am a 12 m, así como que las visitas de auditoria eran programadas por ella.

Asimismo, consideró que los oficios aportados con la demanda y que en criterio de la demandante demuestran que recibía órdenes del subdirector científico del ente hospitalario, estos no acreditaron la subordinación pues se limitaron a remitir y a solicitar informes de auditorías. En consecuencia, concluyó que únicamente se demostraron los requisitos de la prestación personal del servicio y la remuneración.

RECURSO DE APELACIÓN⁹

La parte demandante manifestó su inconformidad con la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo del Meta, al considerar que este incurrió en un error de hecho al no hacer un análisis de la naturaleza de la entidad, las partes, las pruebas documentales, los testigos y las actividades desplegadas por la señora Cruz Velásquez.

En ese sentido, consideró que la carga probatoria recaía en el ente hospitalario de acuerdo con el artículo «[...] 177 del C.P.C [...]» y por tal motivo, era la demandada quien tenía el deber de acreditar que la demandante no desempeñó sus funciones en las mismas condiciones que el personal de planta de la entidad.

De igual forma, alegó que la demandante allegó copia del Acuerdo 007 del 7 de diciembre de 2011, por el cual se adoptó el manual único de funciones para los empleos que conforman la planta de personal de la ESE del Municipio de

⁹ Folios 256 a 261.



Villavicencio, pero que dicho acuerdo es posterior a la vinculación de la señora Cruz Velásquez, razón por la cual este no tenía la fuerza probatoria para demostrar que el cargo no existía, pues, sostuvo, las actividades desarrolladas eran indispensables para la prestación del servicio.

También indicó que Nidia Marleny Cruz Velásquez cumplía con una función que podía ser desarrollada por el personal de planta de la entidad, y que dicha labor no fue temporal porque estuvo vinculada desde el 1.º de junio de 2009 hasta el 31 de julio de 2012. Además, insistió en que la ESE del Municipio de Villavicencio presta el servicio de salud de forma permanente y que no podía hacerlo de forma autónoma e independiente porque debía estar atenta a las instrucciones que le daba el subdirector científico de la ESE relacionada con el envío de información, reportes y la coordinación de las actividades de auditoría.

Para el efecto, hizo énfasis en que el requerimiento de informes corresponde a un mandato, una orden que iba ligada a la exigencia del programa de promoción y prevención y que los cronogramas de trabajo eran para realizar actividades dentro de un horario de trabajo, por lo que consideró que se encontró en una situación de subordinación y dependencia con la entidad demandada.

Frente a la prueba testimonial señaló que de estos se logró acreditar plenamente la subordinación pues se demostró que no existió una simple auditoría y que la conclusión a la que llegó el tribunal respecto a este medio de prueba no tuvo ningún respaldo fáctico porque «[...] resulta apenas natural que la prestación de los servicios en el campo de la medicina esté sujeta a turnos u horarios especiales, en orden a atender la demanda de una programación, según las necesidades que tenga la institución de salud en sus diferentes centros de salud [...]».

Manifestó que los testigos afirmaron que el objeto de los contratos consistió en actividades de apoyo a la implementación, supervisión y evaluación de la aplicación de normas técnicas en la resolución 00412 de 2000, las cuales, afirmó, son las señaladas en la planta de personal, de lo cual concluyó que realizaba funciones de un empleado de planta.

En consecuencia, concluyó que las actividades desarrolladas por la demandante podían ser realizadas por el personal de planta, por lo que infirió que no eran actividades temporales y que, además, no contaba con autonomía e independencia para realizar estas, estaba sujeta al horario laboral de la entidad y debía estar atenta a las órdenes e instrucciones que le dieran en esta.



Expediente: 50001-23-33-000-2013-00075-01

N.º Interno: 0805-2015

Demandante: Nidia Marleny Cruz Velásquez

Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio

Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Parte demandada¹⁰: El ente hospitalario sostuvo que del acervo probatorio se puede concluir que la relación existente entre la ESE y la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez fue por medio de contratos de prestación de servicios y que las actividades contratadas se ejercieron por la demandante de forma autónoma y bajo su plena responsabilidad, sin que en momento alguno se hubiera presentado subordinación de esta frente a la demandada.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal según se indicó en constancia secretarial obrante a folio 297 del expediente.

CONSIDERACIONES

Competencia

De conformidad con el artículo 150 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹¹, el Consejo de Estado es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto.

De igual forma, acorde con lo previsto por el artículo 328 del Código General del Proceso¹², el juez de segunda instancia debe pronunciarse solamente sobre los planteamientos expuestos en el recurso de apelación.

Problemas jurídicos:

En ese orden, los problemas jurídicos se resumen en las siguientes preguntas:

¹⁰ Folios 294 a 295.

¹¹ El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

¹² «ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

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

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

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

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



1. ¿En el caso de la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez a quién correspondía demostrar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral encubierta a través de contratos u órdenes de prestación de servicios?
2. ¿En el *sub* examine se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez y la E.S.E. del Municipio de Villavicencio, pese a haber sido vinculada mediante contratos de prestación de servicios?

Primer problema jurídico

¿En el caso de la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez a quién correspondía demostrar la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral encubierta a través de contratos u órdenes de prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: Quien pretende la declaratoria de la existencia de un contrato realidad tiene la carga de demostrar los elementos constitutivos de la relación laboral, motivo por el cual ésta le correspondía a la parte demandante. Lo anterior se sustenta en continuación.

Carga de la prueba – contrato realidad

La vinculación por contratos de prestación de servicios se rige por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993¹³. El artículo mencionado prevé expresamente que, en ningún caso, dicho tipo de contratos «[...] generan relación laboral ni prestaciones sociales [...]»

De acuerdo con el aparte transcrito del artículo 32 *ejusdem*, debe entenderse que el legislador reglamentó en dicha norma una presunción según la cual, la celebración de contratos de prestación de servicios no genera en ningún caso una relación laboral entre contratante y contratista o el derecho al pago de prestaciones sociales en favor de este último.

En materia de presunciones, el ordenamiento jurídico colombiano permite dos tipos de esta: la presunción *iure et de iure* o de pleno derecho, y la presunción *iuris tantum* o de ley.

¹³ «Artículo 32. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [...]»



Expediente: 50001-23-33-000-2013-00075-01
 N.º Interno: 0805-2015
 Demandante: Nidia Marleny Cruz Velásquez
 Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio
 Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

La primera es excepcional, determinada expresamente por la ley y tiene como principal característica que no admite prueba en contrario. Por su parte, la segunda sí admite prueba en contra, es decir, permite ser controvertida y desvirtuada.

Bajo ese supuesto, el artículo 166 del Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 211 de la Ley 1437 o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula:

«Artículo 166. Presunciones establecidas por la ley. Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados.

El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

En ese sentido, debe entenderse que el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene una presunción *iuris tantum* o de ley, motivo por el cual el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado, así como la relación laboral que se oculta a través de este sí puede ser demostrada.

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que, quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Por consiguiente, la Corporación estima que, contrario a lo manifestado por la parte apelante en el sentido de que la carga de la prueba correspondía a la entidad demandada según se regulaba en el artículo «[...] 177 del C.P.C [...]», lo cierto es que en el presente asunto, al tener por objeto la declaración de la existencia de una relación laboral encubierta a través de contratos de prestación de servicios, era a la parte demandante a quien le correspondía soportar la carga de demostrar la ocurrencia o configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo contenidos en el artículo 23 del CST, y por tal motivo era a la señora Cruz Velásquez quien tenía el deber de demostrar que había desempeñado sus funciones en las mismas condiciones a las del personal de planta de la entidad o la existencia de un cargo en esta cuyas funciones fueran idénticas a las contratadas en el *sub examine*.

En conclusión: La carga de demostrar que una relación laboral se encubrió a través de contratos de prestación de servicios corresponde a la parte demandante, a fin de deprecar las prestaciones y emolumentos que se deriven de ella, por lo que en este caso, era a la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez a quien correspondía acreditar que en la planta de personal de la Empresa Social del



Estado del Municipio de Villavicencio existía un cargo al que se le hubiera asignado las mismas funciones que ella tenía como auditora vinculada por prestación de servicios.

Segundo problema jurídico

¿En el *sub examine* se comprobaron los elementos constitutivos para determinar la existencia de una relación laboral entre la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez y la E.S.E. del Municipio de Villavicencio, pese a haber sido vinculado mediante contratos de prestación de servicios?

La Subsección sostendrá la siguiente tesis: la demandante no demostró la configuración de todos los elementos de la relación laboral, particularmente, la subordinación o dependencia continuada. Lo anterior se sustenta en las razones que se explican a continuación.

Contrato de prestación de servicios vs contrato realidad

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 consagra el contrato de prestación de servicios:

«**Artículo 32.** Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

[...]

3. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable. [...]» (Subraya la Sala).

Dicha clase de contrato, de acuerdo con la norma que la regula, tiene como propósito el de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las entidades estatales, o para desarrollar labores especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de estas.

Por su parte, como características principales del contrato de prestación de servicios está la prohibición del elemento de subordinación continuada del contratista, en tanto que este debe actuar como sujeto autónomo e independiente



Expediente: 50001-23-33-000-2013-00075-01
 N.º Interno: 0805-2015
 Demandante: Nidia Marieny Cruz Velásquez
 Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio
 Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

bajo los términos del contrato y de la ley contractual¹⁴, y no pueden versar sobre el ejercicio de funciones permanentes¹⁵.

De acuerdo con lo anterior, debe advertirse que la vinculación por contrato de prestación de servicios es de carácter excepcional, a través de la cual no pueden desempeñarse funciones públicas de carácter permanente o de aquellas que se encuentren previstas en la ley o el reglamento para un empleo público.

Ello con el fin de evitar el abuso de dicha figura¹⁶ y como medida de protección de la relación laboral, porque a través de la misma, se pueden ocultar verdaderas relaciones laborales y la desnaturalización del contrato estatal¹⁷.

Frente a este punto, se resalta que el Estado Colombiano ha suscrito convenios internacionales que propugnan por el trabajo en condiciones dignas lo cual hace obligatoria su aplicación en el ordenamiento interno, con el fin de evitar la vulneración del derecho fundamental al trabajo.

Al respecto, como Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", ratificó el "Protocolo de San Salvador: Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", adoptado en San Salvador, el 17 de noviembre de 1988; el cual en sus artículos 6 y 7 consagra el Derecho al Trabajo:

«[...] Artículo 6 Derecho al Trabajo

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.
2. Los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.

Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

¹⁴ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia del 25 de agosto de 2016. Consejo de Estado, Sección Segunda. Consejero Ponente Carmelo Perdomo Cuéter. Radicación 23001233300020130026001(0088-15) CE-SUJ2-005-16. Lucinda María Cordero Causil contra el Municipio de Ciénaga de Oro (Córdoba).

¹⁵ Ver sentencia C-614 de 2009.

¹⁶ Ver sentencia del 10 de julio de 2014. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve. Radicación 05001233100020040039101 (0151-13). Francisco Zúñiga Berrio contra el Municipio de Medellín (Antioquia).

¹⁷ Corte Constitucional C-614 de 2009.



- a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción;
 - b. el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;
 - c. el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio;
 - d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional;
- [...]
- h. el descanso, el disfrute del tiempo libre, las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días feriados nacionales. [...]» (Subraya la Sala)

Las disposiciones citadas, generan el deber del Estado Colombiano de otorgar esas garantías mínimas que deben permear la materialización del derecho al trabajo, por cuanto en los artículos 1 y 2 del citado Protocolo de San Salvador¹⁸ se consagró la obligación de los Estados partes de adoptar las medidas necesarias en su orden interno y en cooperación con los demás; para efectivizar los derechos que en el citado Protocolo se reconocen, entre ellos, al trabajo.

De allí que en el artículo 53 de la Carta Política elevó a rango constitucional el derecho al trabajo con unos principios mínimos fundamentales, al respecto:

«ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

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; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.» (Subraya la Sala).

¹⁸ «**Artículo 1 Obligación de Adoptar Medidas** Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.»

«**Artículo 2 Obligación de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno** Si el ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de este Protocolo, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos.»



Dicho canon constitucional, consagra precisamente el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades en materia laboral, que responde a las normas de rango supra y constitucional sobre las condiciones dignas del trabajo, señaladas anteriormente, el cual se desarrolla seguidamente.

Naturalización de la relación laboral

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se demuestra la concurrencia de los tres elementos constitutivos de la relación laboral, es decir, cuando: **i)** la prestación de servicio es personal; **ii)** subordinada; y **iii)** remunerada.

En dicho caso, el derecho al pago de las prestaciones sociales surge a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades contenido en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, lo que se ha denominado como contrato realidad.

En ese orden de ideas, la figura del contrato realidad, sostiene la jurisprudencia, se aplica cuando se constata la continua prestación de servicios personales remunerados, propios de la actividad misional de la entidad contratante, para ejecutarlos en sus propias dependencias o instalaciones, con sus elementos de trabajo, bajo sujeción de órdenes y condiciones de desempeño que desbordan las necesidades de coordinación respecto de verdaderos contratistas autónomos, para configurar dependencia y subordinación continuada propia de las relaciones laborales.¹⁹

De acuerdo con lo anterior, precisa esta Subsección que quien pretende la declaratoria de existencia de una relación laboral escondida bajo la modalidad de contratación por prestación de servicios, tiene el deber de demostrar, a través de los medios probatorios a su disposición, la configuración de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Elementos de la relación laboral

- **Subordinación y dependencia continuada**

Este elemento esencial del contrato de trabajo, según el artículo 23 del CST, es considerado como el determinante para distinguir la relación laboral de las demás prestaciones de servicios, y que faculta al empleador para exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al tiempo, modo o cantidad de labores, así como para imponerle reglamentos y el poder disciplinario, teniendo en cuenta para ello, los límites constitucionales que imponen el respeto a la dignidad

¹⁹ Ver Sentencia de Unificación de Jurisprudencia CE-SUJ2-005-16.



humana del trabajador y sus derechos mínimos, es decir, bajo criterios de razonabilidad y sin arbitrariedad.

De acuerdo con lo anterior, la subordinación parte del poder de dirección respecto a las actividades de trabajo y como potestad disciplinaria del empleador para conservar el orden en la empresa, pero únicamente en lo atinente al ámbito laboral.

En ese sentido, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo regula:

«Artículo 23. Elementos esenciales. <Artículo subrogado por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

[...]

b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; [...]» (Subraya la Sala).

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia C-386 de 2000 indicó:

«[...] La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida, según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, como un poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos.

Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél. [...]»²⁰

Colofón de lo expuesto, como subordinación y dependencia continuada se debe entender el elemento esencial y configurativo de la relación laboral, según el cual el empleador, en ejercicio de su potestad de dirección, puede exigir a sus empleados el acatamiento de órdenes e instrucciones sobre el modo y la cantidad de trabajo, el cumplimiento de horarios para el desarrollo de este, y la imposición

²⁰ Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.



Expediente: 50001-23-33-000-2013-00075-01
 N.º Interno: 0805-2015
 Demandante: Nidia Marleny Cruz Velásquez
 Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio
 Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

de los reglamentos internos, en cualquier momento, con respeto a la dignidad del trabajador y sus derechos mínimos constitucionales y laborales.

Ahora bien, en cuanto a la subordinación y dependencia continuada, se advierte que la inconformidad de la parte apelante consiste en una supuesta interpretación errónea del material probatorio por parte del Tribunal, el cual, en su criterio, debió concluir que la actividad para la cual fue contratada la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez era una labor permanente en la ESE del Municipio de Villavicencio, hecho del cual se deriva, igualmente, el deber de acatar órdenes e instrucciones por parte de los funcionarios del ente hospitalario para su ejecución, así como el cumplimiento de un horario fijado por la demandada.

Frente a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, la Subsección advierte lo siguiente:

- En primer lugar, tal como se indicó al resolver el primer problema jurídico, quien tiene el deber de demostrar la existencia de la relación laboral encubierta es la parte demandante. En ese sentido, era a la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez a quien correspondía acreditar que en la planta de personal de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio existía un cargo al que se le hubiera asignado las mismas funciones que ella tenía como auditora vinculada por prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, la Corporación encuentra que el objeto contractual de la demandante consistió en «[...] Aplicar y ejecutar labores como apoyo en el proceso de implementación, supervisión, evaluación, control y seguimiento de la aplicación de las normas técnicas y guías de atención establecidas en la resolución 00412 de 2000 y seguimiento a riesgos inherentes a la prestación del servicio a nivel intramural y extramural. El contratista deberá presentar informes escritos mensuales, elaboración de planes de mejoramiento continuo y hacer seguimiento de las acciones correctivas o de mejoramiento propuestas para la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio. [...]»²¹

- Sobre este punto, al expediente se allegó copia del Acuerdo 007 del 7 de diciembre de 2011²² o Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la entidad demandada²³, en el cual no hay constancia de la existencia del cargo de auditor en la entidad demandada. Aunado a ello, tampoco se acreditó que las actividades derivadas del objeto contractual para el cual fue vinculada la demandante estuviesen asignadas a alguno de los cargos de planta determinados en el citado manual.

²¹ Visible a folio 40.

²² «Por medio del cual se compilan los actos administrativos vigentes en materia de funciones y se adopta un único Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleos que conforman la Planta de Personal de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio»

²³ Folios 30 a 127 del anexo denominado «Contestación Oficio 1155 por la E.S.E. de Villavicencio».



De igual forma, debe indicarse que si bien es cierto la demandante se vinculó a la ESE del Municipio de Villavicencio desde el 1.º de junio de 2009 y el citado manual de funciones se expidió en el año 2011, en virtud del principio de la carga de la prueba, incumbía a la demandante, se itera, demostrar que para la fecha de su vinculación inicial existía en la planta de personal el cargo de auditora u otro que tuviera asignadas las funciones para las cuales ella fue contratada.

- Por otra parte, la demandante adujo que la actividad para la cual fue contratada era indispensable para la ESE, motivo por el cual no se trató de una función temporal sino permanente, propia del servicio y, en consecuencia, debía ser realizada por el personal adscrito a la entidad.

Frente a dicho punto de la apelación, la Subsección considera que en el *sub examine* no se demostró que la función de auditoría sea de aquellas que exigen una prestación permanente de quien la ejecuta, es decir, pese a que los procesos de calidad a los que se someten las entidades prestadoras de salud exigen una verificación de procedimientos y de cumplimiento de indicadores constante, esta actividad no requiere ser ejecutada en las mismas condiciones que se presta el servicio público esencial de salud, esto es, en forma continua.

Ello se ve confirmado con las declaraciones de los testigos María Myriam Lema Castaño y Álvaro Cardozo Castro quienes bajo la gravedad de juramento afirmaron que las personas que realizan este tipo de actividades no requieren permanecer en la institución porque pueden ser realizadas en cualquier momento.

Al respecto, la señora Lema Castaño manifestó²⁴:

«[...] **Preguntado:** ¿Le solicito que diga con claridad si eran o no eran permanentes esas actividades que hacía la demandante? **Contestó:** Yo señalé que se hace una programación para la atención, si quiere le explico mejor con un ejemplo: con todos los centros de atención que tenía la Empresa Social del Estado en su momento, a todos había que hacerles la visita, a cada médico y a cada enfermera para verificar el cumplimiento de la labor en el proceso de atención de promoción y prevención. Entonces sencillamente lo que se hace es la programación y cumplirla esa es una tarea de auditoría, no es una tarea que deba hacerse diariamente como la atención a los usuarios, los usuarios llegan se atienden con unos horarios, el auditor no, el auditor puede ir por la mañana, puede ir por la tarde, es más, puede ir por la noche, por qué razón, porque es una auditoría posterior a la atención para verificar que si se cumplan con las normas del ministerio. Entonces, en cualquier momento lo puede hacer, sencillamente se hace una programación y nosotros lo teníamos como una norma de ejecución también de los contratos es hacer la programación con el contratista, como le

²⁴ Testimonio grabado en audio y video, contenido en CD 1 obrante a folio 169 del expediente.



Expediente: 50001-23-33-000-2013-00075-01
N.º Interno: 0805-2015
Demandante: Nidia Marleny Cruz Velásquez
Demandado: E.S.E. del Municipio de Villavicencio
Apelación Sentencia – Ley 1437 de 2011

señalé hace un momento, en algunos momentos el contratista dice no espere yo por la mañana no, cuadremos por la tarde o yo voy hago una visita en la mañana esta semana no vengo, digamos que con el tema de las personas que desarrollan este tipo de labor que lo permite se hacía la programación, distinto es cuando se trata de un proceso de atención directo donde hay que atender unos usuarios de acuerdo con los horarios que tiene la empresa, no son labores de tipo asistencial, sino son labores de auditoria que aunque hay que realizarlas, se pueden desarrollar en cualquier momento. [...]»

Por su parte, el señor Álvaro Cardozo Castro indicó en su oportunidad²⁵:

«[...] **Preguntado:** ¿Para la actividad labor objeto contractual que tenía la señora Nidia Marleny Cruz con la ESE municipal debía cumplir horario, debía permanecer en las instalaciones de la ESE municipal [...]? **Contestó:** La jefe Nidia Marleny tenía la tranquilidad de trabajar de manera propia, ella no cumplía horario en ningún momento, de hecho, las actividades de ella no eran tanto de oficina sino más de verificar información y la información casi toda la manejaba ella a través de internet y las visitas las hacía en horarios diferentes en las diferentes IPSs. [...] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si esa actividad que hizo la demandante era permanente o temporal en algún reemplazo de algún funcionario? **Contestó:** No era una actividad de reemplazo de ningún funcionario, es una actividad que es permanente, ósea esa actividad de revisión y auditoria es de manera permanente que hay que realizarla [...] **Preguntado:** ¿Diga si para ese contrato la entidad le exigía metas y obligaciones a la demandante? **Contestó:** Lo que estaba en el contrato, es que yo no le podía exigir. A ver, ella no tenía que cumplir metas ni yo le podía exigir cumplir metas porque su actividad no era cuantitativa, vuelvo y repito, si durante un mes concertaba con el auditor de una entidad en ese mes se hacían las actividades de esa entidad, no era que todos los meses tenía que cumplirme las actividades de las cinco empresas más el municipio. No es así, porque es de acuerdo a la programación [...] que ella misma o ni siquiera ella como persona sino la persona que haga esa actividad concerta con el auditor de las otras entidades, entonces no es claro poner metas ni cumplimiento de nada porque es muy fluctuante. [...]

- En ese sentido, no se discute si el objeto contractual era indispensable para la entidad demandada pues tratándose de un servicio público que requiere ser prestado con criterios de eficiencia, eficacia, celeridad y economía, entre otros, resulta evidente la necesidad de un control o verificación de cumplimiento de los lineamientos y parámetros fijados para la operación y administración de este. El motivo de disputa es si dicha labor debía ejecutarse permanentemente, sin que en este caso se haya demostrado en forma fehaciente el desarrollo de actividades continuas en virtud del cumplimiento del contrato por parte de la demandante, de las cuales se pueda inferir que se encontraba en una situación de subordinación y dependencia continuada.
- Asimismo, la parte demandante no logró probar que estuviera obligada a cumplir un horario laboral fijado por la Empresa Social del Estado con el fin de ejecutar sus actividades contractuales, toda vez que lo único que se

²⁵ Testimonio grabado en audio y video, contenido en CD 2. *Idem*.



acreditó es que entre la señora Cruz Velásquez y el ente público se programaban unas visitas a los distintos centros de salud de la entidad, pero dicha programación dependía exclusivamente de la voluntad de la auditora y del visto bueno de la demandada, sin que dicha aceptación pueda configurarse por sí sola en un acto de patrono o de empleador.

Para el efecto, al recibirse los testimonios de las señoras Viviana Castañeda Ángel, Karol Andrea Cepeda y Luz Stella Corredor, los cuales fueron decretados a solicitud de la demandante, según se advierte de folio 148 a 149 del expediente, se puede observar que las declarantes no tenían un conocimiento claro de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la señora Cruz Velásquez cumplía su objeto contractual. Veamos:

En primer lugar, la señora Viviana Castañeda Ángel, manifestó en su oportunidad lo siguiente²⁶:

«[...] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si sabe o le consta, de acuerdo con la respuesta anterior, si esa actividad que hacía la demandante Nidia Marleny Cruz era continua durante el tiempo que usted la conoció trabajando en la ESE municipal? **Contestó:** Esas actividades eran programadas por centros de salud, entonces ella a veces, como uno estaba en un centro de salud específico, en cierto momento pues ella iba por todos los puestos de salud. Cuando en ocasiones le tocaba el puesto de salud de uno pues hacía el acompañamiento a la IPS en la cual uno estaba. **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si sabe o le consta, si usted tiene conocimiento, si la demandante recibía órdenes y en caso afirmativo de quién? **Contestó:** Las órdenes claras eran de allá y quién era el jefe inmediato de ella pues no sabría decirle bien cómo era ese proceso. [...] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si sabe o le consta, en promedio, cuántas horas la señora Nidia Marleny trabajaba al día en la Empresa Social del Estado a través de las IPS que usted manifiesta? **Contestó:** Esas horas como tal, ósea, a nosotros no nos consta porque pues ella tenía un cronograma, como yo les digo, había un día que de pronto yo en ese momento, cuando la jefe Nidia Marleny trabajaba allá, yo trabajaba en el Morichal, entonces ese día de pronto estaba en el Morichal con nosotros y llegaba a las 7 de la mañana, dependiendo hasta donde se extendiera la actividad, 12 del día, 1 de la tarde, y ya pues otros días ella iba a estar en otro centro, entonces yo no puedo decir qué horarios ni cuántas horas en el día estaba trabajando ella en cada IPS [...]»

Por su parte, la señora Karol Andrea Cepeda manifestó²⁷:

«[...] **Preguntado:** ¿Dígale al despacho si sabe o le consta si para la labor de auditora de la demandante tenía una programación de visitas de auditoria? **Contestó:** Ella nos avisaba cuando llegaban las auditorias o cuando ella nos iba a auditar a nosotras. [...] **Preguntado:** Usted señala que la demandante Marleny los visitaba al centro de su programa ¿cuántas veces ella asistía a hacer auditoria allá en ese puesto de salud? **Contestó:** Pues realmente no tengo una cifra real, ella solo nos avisaba pero no sé cuántas veces me llegó a auditar. **Preguntado:** ¿Usted sabe, si le consta, cuántas horas se hacía esa auditoria cuando iba la demandante? **Contestó:** Pues depende digamos de la información que uno si la

²⁶ Testimonio grabado en audio y video, contenido en CD obrante a folio 192 del expediente.

²⁷ *Idem.*



tenía rápido pues no se demoraban mucho, que decía, media hora, por mucho 35 minutos, 40 minutos por mucho. Preguntado: ¿Usted sabe o le consta si para esa actividad la demandante recibía órdenes? Contestó: No, no me consta [...]»

Finalmente, la señora Luz Stella Corredor sostuvo²⁸:

«[...] Preguntado: ¿De acuerdo con la respuesta anterior dígame al despacho si la señora Nidia Marleny Cruz dentro de ese horario que usted señala realizaba su labor como auditora de promoción y prevención? Contestó: Ella, por eso le digo, trabajaba para la ESE, pero como yo no sé el contrato que ella tiene con la ESE, [...] entonces no sabría decir. [...] Preguntado: ¿Dígame al despacho si sabe o le consta si había una programación de visitas de auditoria a los centros de salud? Contestó: No sabría decirle, me imagino que si porque cada persona tiene una programación de su trabajo en el sitio que se desempeña. [...] Preguntado: ¿Dígame al despacho si en las labores que desempeñaba la señora Nidia Marleny Cruz cumplía horario de los que tenía establecido la ESE municipal? Contestó: Pues yo no podría decir si cumplía horario o no cumplía horario porque yo en esa época, como les digo, era la coordinadora de los centros de salud y yo estaba pendiente de las auxiliares y de los médicos que prestaban sus labores allá, en los horarios que yo antes les mencione. Ella, pues yo la miraba en los centros como la miraba en la parte administrativa, yo no sé qué horario tendría ella así como no sé, si lo he dicho, el tipo de contratación. Entonces yo no le podría decir si ella tenía programada una visita de qué hora a qué hora porque nunca lo vi y nunca lo supe [...]»

Al respecto, la Subsección advierte que la prueba testimonial solicitada por la parte demandante no permite entrever que la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez laborara al servicio de la ESE del Municipio de Villavicencio dentro de un horario o jornada de trabajo determinada por la contratante, porque aun cuando las declarantes sostuvieron que veían a la aquí demandante en aquellos centros de salud donde prestaban sus servicios, ninguna de las tres pudo dar certeza de que las circunstancias de tiempo, modo o lugar que permitieran determinar que esta estuviera sometida a cumplir sus funciones en tal condición.

Conjuntamente, estima la corporación que las testigos no pudieron tener conocimiento directo de dicha situación pues, como se ha anotado, la demandante no cumplía sus funciones en un lugar determinado, es decir, con base en las reglas de la experiencia, estas solo pudieron conocer directamente de la ejecución del contrato por parte de la señora Cruz Velásquez en aquellos días en los cuales esta realizó la correspondiente visita al lugar donde cada una de las testigos laboraba.

- Ahora, en cuanto al acatamiento de órdenes e instrucciones dadas por el subdirector científico de la entidad demandada, la Subsección echa de menos los elementos de prueba que brindarían certeza acerca de tal situación. Así, en el presente asunto la demandante sostuvo que esta se

²⁸ *Idem.*



comprueba con los diferentes oficios en los que le solicitaron la entrega de informes o coordinar las actividades de auditoria, particularmente, la prueba documental obrante en folios 54 a 60, 63, 66 a 67, 69, 72, 74 a 79 y 93 del expediente.

Sin embargo, esta Corporación comparte la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo del Meta en cuanto a la ausencia de elementos probatorios que den cuenta de órdenes o instrucciones dirigidas a la demandante. Así, por ejemplo, a folios 54, 56 a 60, 63, 66 a 67, 69, 74, 76 a 77, 79 y 93 obran comunicaciones dirigidas a la demandante por el señor Jaime Pacheco García, quien fungió como subdirector científico de la ESE, por medio de los cuales le remitió información a la demandante.

Por otra parte, oficios como los que se observan a folios 55, 72 y 75 si bien pueden contener requerimientos dirigidos a la auditora, de estos no se sustrae necesariamente la prueba de la subordinación continuada en la relación entre la señora Cruz Velásquez con la ESE del Municipio de Villavicencio. Lo anterior encuentra sustento en el hecho de que una eventual citación a una reunión, como ocurre a folio 55 o remisión de documentación para ser revisada por la demandante en virtud de las funciones contractuales para las cuales fue vinculada no demuestran por si solos que esta se encontrara en la obligación de acatar órdenes e instrucciones de la entidad contratante.

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

Lo anterior, toda vez que hay actividades que deben, necesariamente, surtirse en determinados horarios o periodos que implican coordinar entre contratante y contratista su ejecución. Asimismo, tampoco se puede pasar por alto que, el hecho de que la vinculación sea contractual, aquel que contrata el servicio no pueda ejercer un grado de vigilancia respecto al desarrollo de la labor contratada, ello, se precisa, en virtud de la obligatoriedad para quien contrata de fijar los parámetros necesarios para garantizar la correcta ejecución de los recursos públicos.

En conclusión: En consecuencia, se reitera, como en esta clase de asuntos la carga de la prueba corresponde a quien pretende demostrar la existencia de la relación laboral, y en el presente caso, la parte demandante no logró demostrar de forma contundente los elementos del contrato realidad, particularmente la subordinación continuada considera esta Subsección que la sentencia proferida



por el Tribunal Administrativo del Meta el 26 de agosto de 2014 debe ser confirmada.

Decisión de segunda instancia

De acuerdo con las razones que anteceden, esta Subsección confirmará la sentencia de primera instancia toda vez que no prosperan los argumentos del recurso de apelación.

De la condena en costas

Esta Subsección en providencia con ponencia del suscrito ponente²⁹ sentó posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA; en aquella oportunidad se señaló como conclusión, lo siguiente:

- a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio «*subjetivo*» –CCA- a uno «*objetivo valorativo*» –CPACA-.
- b) Se concluye que es «*objetivo*» porque en toda sentencia se «dispondrá» sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.
- c) Sin embargo, se le califica de «*valorativo*» porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.
- d) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887, de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP³⁰, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.

²⁹ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.



g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Por tanto, y en ese hilo argumentativo, en el presente caso la Corporación condenará en costas, de conformidad con el numeral 1.º del artículo 365 del CGP, luego de comprobarse su causación al haber intervenido la parte demandada en esta instancia y no prosperar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Confirmar la sentencia proferida el 26 de agosto de 2014 por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó las pretensiones de la demanda que, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, instauró la señora Nidia Marleny Cruz Velásquez en contra de la Empresa Social del Estado del Municipio de Villavicencio.

Segundo: Condenar en costas a la parte demandante, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Tercero: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen previas las anotaciones pertinentes en el programa Justicia Siglo XXI.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.


WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ


RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS


GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

³⁰ «ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. Las costas y agencias en derecho serán liquidadas de manera concentrada en el juzgado que haya conocido del proceso en primera o única instancia, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o notificado el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior, con sujeción a las siguientes reglas: [...]»

19 MAR 2019