**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO –** **Contrato realidad – Contrato de prestación de servicios – Reclamación prestaciones sociales**

Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia (Antioquia) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como contratista, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

**CONTRATO PRESTACIÒN DE SERVICIOS –** **Noción normativa**

Se ha de recordar que el contrato u orden de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar». (…) el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

**CONTRATO DE PRESTACIÒN DE SERVICIOS –** **Subordinación – Permanencia y desnaturalización contrato de prestación de servicios**

La entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo. (…) La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos. (…) se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

**CONTRATO REALIDAD –** **Configuración**

El denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio 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 propia de las relaciones laborales. De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda recordó que i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto sub examine.

**CONTRATO REALIDAD – Contrato de prestación de servicios – Médico - Subordinación no demostrada – Instrucciones para el desarrollo del contrato**

Sala advierte que si bien es cierto que, en el presente asunto, el actor alega que ejerció en circunstancias de subordinación las actividades convenidas en los contratos u órdenes de prestación de servicios con la entidad accionada, no lo es menos que en el proceso no existen pruebas que la demuestren, tales como memorandos o circulares, requerimientos, o cualquier otro documento que establezca que él se encontraba bajo la autoridad de algún mando de la entidad accionada, puesto que, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy 167 del Código General del Proceso (CGP), le incumbe la carga de la prueba. En efecto, no debe confundirse la impartición de instrucciones que el contratista reciba (sobre las actividades que debe desarrollar) con la sujeción o dependencia, como lo ha dicho esta Corporación, pues ello no muestra necesariamente que una persona sea gobernada o dirigida por otra, sino que, por el contrario, deja en claro que, desde el ámbito de las relaciones laborales administrativas, deben desplegarse ciertas reglas para el manejo de las acciones encomendadas: « […] la circunstancia que la persona tenga un horario o unos parámetros de tiempo para su desempeño (que en ciertas actividades es necesario para cumplir el objetivo del contrato), por sí solo no puede servir para que se admita que en ese evento existió o debió existir una relación legal y reglamentaria». Asimismo, si el accionante pretendía probar que realizó las mismas funciones que los médicos generales de planta, con el fin de poner en evidencia una verdadera relación laboral, debió aportar al plenario las funciones que a estos correspondían y las suyas para efectuar el respectivo examen; por ello, se comparte lo expresado por el a quo. Así las cosas, al no desvirtuarse la naturaleza de los contratos u órdenes de prestación de servicios, la Sala estima que, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, y, por ende, el acto acusado quedó incólume.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER**

Bogotá, D. C., primero (1) de junio de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03897-01(1387-12)**

**Actor: WILSON ALBERTO LÓPEZ CONCHA**

**Demandado: ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE SEGOVIA (ANTIOQUIA)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Acción | : | Nulidad y restablecimiento del derecho |
| Tema | : | Contrato realidad |

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la sentencia de 30 de noviembre de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia (sala de descongestión, subsección laboral), que negó las pretensiones de la demanda del epígrafe.

**I. ANTECEDENTES**

**1.1 Acción** (ff. 168-174). El señor Wilson Alberto López Concha, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra la ESE Hospital de San Juan de Dios de Segovia (Antioquia) para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.1.1 Pretensiones.** 1) Que se declare la nulidad de la comunicación de 31 de julio de 1998, sin número, del director de la ESE Hospital de San Juan de Dios de Segovia, por la que negó las reclamaciones efectuadas por el demandante al agotar la vía gubernativa el 28 de julio de 1998 (ff. 2-4, 5-6).

2) Que, como restablecimiento del derecho, se condene a la entidad demandada a reconocer a favor del actor las horas extras diurnas y nocturnas, los recargos nocturnos, los domingos y festivos trabajados, y las prestaciones sociales legales y extralegales a que tiene derecho, tales como cesantías, vacaciones, primas de vacaciones, de Navidad, de vida cara, de clima, de servicios, aguinaldos (más lo que se pruebe en el proceso), a razón de un salario de $2.000.000 mensuales.

3) Que se ordene la sanción moratoria establecida en el parágrafo del artículo 2.º de la Ley 244 de 1995, hasta que se haga efectivo el pago de las cesantías.

4) Que se ordene la devolución de lo no cancelado por concepto de retención en la fuente, al considerar de manera equivocada los pagos como honorarios profesionales.

5) Que se ordene la indexación sobre las condenas que se profieran.

**1.1.2 Fundamentos fácticos.** Relata el actor que trabajó, mediante diferentes contratos de prestación de servicios, en forma continua e ininterrumpida, como médico para la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia, desde el 1.º de agosto de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1997, fecha en que renunció.

Expone que en su actividad contractual desarrolló, entre otras, las funciones de manejar la atención de urgencias, hospitalización, necropsias y todos los otros procedimientos de cirugía, tales como partos, cesáreas y laparatomías.

Manifiesta que la entidad demandada estableció un cuadro de turnos que, al principio, lo elaboró el director o gerente, y en el último año el coordinador médico, de obligatorio y perentorio cumplimiento para todos los médicos, lo cual implicó que trabajara muchas horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargos nocturnos y dominicales y festivos que jamás le fueron reconocidos.

Al respecto, dice que por los turnos, que eran de 12 horas y a veces de 24, el hospital demandado le suministraba siempre desayuno y almuerzo o comida y merienda. Y para la ejecución de sus labores de médico «no gozaba de libertad o autonomía técnica ni directa para cumplir su cometido, tampoco realizaba las labores con sus propios medios, ni asumía los riesgos de la labor para la cual fue contratado; características propias de un contratista independiente (Art. 34 del C.S.T.)». También dice que el ente accionado lo afilió como trabajador a la ARP del ISS, el 17 de enero de 1997, por riesgos profesionales.

Por último, expresa que, el 28 de julio de 1998, formuló ante el director de la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia, una solicitud de reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, la que él respondió, mediante comunicación de 31 de julio siguiente, y contra la cual no interpuso recurso de apelación por no existir un superior.

**1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: 32, numeral 3, Ley 80 de 1993; 30, Ley 10 de 1990; 1, 2, 3 y siguientes, Ley 244 de 1995; 163, Decreto 222 de 1983; 7, Decreto 1950 de 1973; 5, Decreto 3135 de 1968; 365, 366, 367, 375, 381 y 392, Decreto 624 de 1989 (Estatuto Tributario); y Decretos Leyes 1042 y 1045 de 1978.

El concepto de la violación reside, en esencia, en que el contrato de prestación de servicios en los organismos públicos solo procede para las funciones temporales o transitorias, y no para las permanentes; y, por lo tanto, al tener el demandante «la calidad de empleado público, como tal tiene derecho a que se le liquiden y paguen las prestaciones sociales que la ley consagra para este tipo de servidores».

**1.2 Contestación de la demanda** (ff. 63-76). La entidad accionada contestó la demanda de manera extemporánea y en el fallo de primera instancia no se tuvo en cuenta (f. 174).

**II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal Administrativo de Antioquia (sala de descongestión, subsección laboral), en sentencia de 30 de noviembre de 2011, negó las súplicas de la demanda porque no se probó el elemento fundamental para configurar el contrato realidad: la subordinación, pues en la pruebas recaudadas se infiere una manifiesta discontinuidad e independencia en cada uno de los períodos en que se contrató al actor con contratos u órdenes de prestación de servicios, de los que tampoco se desvirtuó su naturaleza jurídica (ff. 168-174).

**III. EL RECURSO DE APELACIÓN**

El accionante, inconforme con la decisión de primera instancia, reprocha el hecho de que no se haya podido realizar la práctica de una prueba testimonial que él solicitó fuera de la sede del Tribunal (en los municipios de Remedios y Segovia) y que fue ordenada por auto de 6 de mayo de 2002 (ff. 102-103); pero no libraron los correspondientes despachos comisorios, y es crucial para demostrar la existencia del contrato realidad; y, con base en el artículo 214 del CCA, insiste en su práctica. Además, adjunta copias de la sentencia de 22 de julio de 2010, de la sección segunda, subsección B, de esta Corporación, de un asunto similar al presente proceso,[[1]](#footnote-1) y también arguye que los denominados contratos de prestación de servicios que obran en el expediente no son más que el disfraz de una relación-legal laboral, pues no de otra forma se explica que se vincule al demandante como médico general de tiempo completo y en la cláusula segunda relativa a remuneración se indique que se le pagará $2.000.000 cada mes como salario integral (ff. 176-180).

**IV. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso de apelación interpuesto por el accionante fue concedido en auto de 27 de febrero de 2012 (ff. 205-206), y se admitió por proveído de 3 de julio de 2012 (f. 212); después, en providencia de 24 de junio de 2013, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 225), oportunidad aprovechada solo por el accionante y el Ministerio Público así:

**El accionante** (ff. 227-230). Repite los argumentos expuestos en el recurso de apelación e insiste en la práctica de la prueba testimonial decretada.

**El Ministerio Público** (ff. 231-234). El señor procurador segundo delegado ante esta Corporación pide que se confirme la sentencia de primera instancia, puesto que el no haberse librado el despacho comisorio al municipio de Segovia, así como allegar los turnos laborados por el actor y otras pruebas documentasles, no permiten tener la convicción de la estructuración del contrato realidad.

Por providencia de 28 de febrero de 2013, de este despacho, las copias de la sentencia aportada por el demandante, atrás reseñada, se incorporaron al proceso; y, por auto para mejor proveer, de 25 de octubre del mismo año, se ordena que, por una parte, se reciban los testimonios, decretados y dejados de practicar, de los señores Hernando Silva Quintero, Elkin Darío Cuartas Arias y Gustavo Carvajal Rodríguez por medio de despachos comisorios a los Juzgados Promiscuo Municipal de Remedios y Civil Municipal de Segovia; y, por la otra, que se oficie a la entidad accionada para que remita copia de los contratos de prestación de servicios celebrados entre ella y el actor (ff. 236-239).

Mediante comunicación de 14 de julio de 2014, el representante legal de la ESE Hospital San Juan de Dios hace llegar copias de los contratos requeridos (ff. 276-289). Y de los testimonios ordenados solo se recibió el del señor Gustavo de Jesús Carvajal Rodríguez, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Segovia, que obra en folio 327 del expediente.

**V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

**5.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA), esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**5.2 Problema jurídico**. Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar de la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia (Antioquia) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como contratista, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

**5.4 Caso concreto.** A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Solicitud del demandante, de 24 de julio de 1998, formulada ante el director de la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia (Antioquia), orientada a obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales por los servicios prestados como contratista, entre agosto de 1994 y el 31 de diciembre de 1997, que los realizó «con continuada subordinación y dependencia jurídica a dicha entidad, la cual siempre me fijó unos turnos de trabajo precisos y específicos» (ff. 2-4).

b) Oficio del director de la entidad accionada, de 31 de julio de 1998, en el que da respuesta desfavorable a la anterior petición (ff. 5-6).

c) Contratos u órdenes de prestación de servicios acordados entre el actor y la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia en el período comprendido entre el 1.º de octubre de 1994 y el 31 de diciembre de 1997, que obran en el expediente, a saber:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Contrato /orden de prestación N.º** | **Fecha** | **Valor** | **Período** | **Desde** | **Hasta** | **Folios del expediente** |
| OPS 42 | 26/12/1994 | $ 700.000 | 3 meses | 01/10/1994 | 31/12/1994 | 16-17 |
| OPS 9 | 20/02/1995 | $ 837.653 | 1 mes | 01/01/1995 | 31/01/1995 | 20-21 |
| OPS 15 | 28/02/1995 | $ 837.653 | 1 mes | 01/02/1995 | 28/02/1995 | 18-19 |
| OPS 20 | 31/03/1995 | $ 837.653 | 1 mes | 01/03/1995 | 31/03/1995 | 22-23 |
| CPS | 23/04/1996 | $1.500.000 | 12 meses | 01/01/1996 | 31/12/1996 | 7-9 y 286-288 |
| OPS | 01/03/1997 | $1.800.000 | 1 mes | 01/03/1997 | 31/03/1997 | 24 |
| OPS | 01/04/1997 | $1.800.000 | 1 mes | 01/04/1997 | 30/04/1997 | 25 |
| OPS | 01/05/1997 | $1.800.000 | 1 mes | 01/05/1997 | 31/05/1997 | 13 |
| OPS | 01/06/1997 | $2.000.000 | 1 mes | 01/06/1997 | 30/06/1997 | 26 |
| OPS | 01/07/1997 | $2.000.000 | 1 mes | 01/07/1997 | 31/07/1997 | 27 |
| OPS | 31/07/1997 | $2.000.000 | 1 mes | 01/08/1997 | 31/08/1997 | 28 |
| CPS | 01/09/1997 | $2.000.000 | 4 meses | 01/09/1997 | 31/12/1997 | 10-12 |

d) Declaración del señor Gustavo de Jesús Carvajal Rodríguez, rendida el 20 de agosto de 2014, en el Juzgado Promiscuo Municipal de Segovia (ff. 327-328).

De los contratos u órdenes de prestación de servicios relacionados en la tabla anterior, que reposan en el proceso, se deduce que el actor inició labores como médico general en la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia el 1.º de octubre de 1994 —y no en agosto como él asegura—, y las culminó el 31 de diciembre de 1997; pero, de manera interrumpida, en los siguientes años: 1994, del 1.º de octubre a 31 diciembre; 1995, entre el 1.º de enero y el 31 de marzo; 1996, desde 1.º de enero hasta el 31 de diciembre; y en 1997, del 1.º de marzo al 31 de diciembre.

En la actividad convenida, el actor desarrolló, según se puede leer en el contrato de prestación de servicios personales, celebrado el 23 de abril de 1996, las actividades de «atención de urgencias, consulta externa y en fomento, promoción y prevención de las enfermedades» (ff. 7-9), y así lo expone en hecho cuarto de su demanda (f. 41).

Y por considerar que las tareas encomendadas las desplegó con una continuada subordinación y dependencia jurídica, presentó el 24 de julio de 1998 ante el director de la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia una solicitud de reconocimiento y pago de prestaciones sociales; pero esta, el 31 de julio siguiente, le fue respondida en forma desfavorable (ff. 2-6).

En este orden de ideas, se ha de recordar que el contrato u orden de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993,[[2]](#footnote-2) modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que, al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Por su parte, la honorable Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de las expresiones «no puedan realizarse con personal de planta o» y «En ningún caso...generan relación laboral ni prestaciones sociales» contenidas en el precitado numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997[[3]](#footnote-3), precisó las diferencias entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, así:

Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

Ahora bien, el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968,[[4]](#footnote-4) «Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil […]», dispone:

Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

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

La parte subrayada de la precitada disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional, en sentencia C-614 de 2009, al señalar la permanencia, entre otros criterios, como un elemento más que indica la existencia de una relación laboral. Frente al tema, expuso:

La Corte encuentra que la prohibición a la administración pública de celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente se ajusta a la Constitución, porque constituye una medida de protección a la relación laboral, ya que no sólo impide que se oculten verdaderas relaciones laborales, sino también que se desnaturalice la contratación estatal, pues el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con el Estado de tipo excepcional, concebido como un instrumento para atender funciones ocasionales, que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad, o siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o se requieran conocimientos especializados. De igual manera, despliega los principios constitucionales de la función pública en las relaciones contractuales con el Estado, en tanto reitera que el ejercicio de funciones permanentes en la administración pública debe realizarse con el personal de planta, que corresponde a las personas que ingresaron a la administración mediante el concurso de méritos.

De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende por la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

En otras palabras, el denominado «contrato realidad» aplica cuando se constata en juicio 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 propia de las relaciones laborales.[[5]](#footnote-5)

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[6]](#footnote-6) recordó que i) la subordinacióno dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine.*

En esta línea de pensamiento, la Sala advierte que si bien es cierto que, en el presente asunto, el actor alega que ejerció en circunstancias de subordinación las actividades convenidas en los contratos u órdenes de prestación de servicios con la entidad accionada, no lo es menos que en el proceso no existen pruebas que la demuestren, tales como memorandos o circulares, requerimientos, o cualquier otro documento que establezca que él se encontraba bajo la autoridad de algún mando de la entidad accionada, puesto que, conforme al artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy 167 del Código General del Proceso (CGP), le incumbe la carga de la prueba.

En efecto, no debe confundirse la impartición de instrucciones que el contratista reciba (sobre las actividades que debe desarrollar) con la sujeción o dependencia, como lo ha dicho esta Corporación,[[7]](#footnote-7) pues ello no muestra necesariamente que una persona sea gobernada o dirigida por otra, sino que, por el contrario, deja en claro que, desde el ámbito de las relaciones laborales administrativas, deben desplegarse ciertas reglas para el manejo de las acciones encomendadas: « […] la circunstancia que la persona tenga un **horario o unos parámetros de tiempo para su desempeño (que en ciertas actividades es necesario para cumplir el objetivo del contrato)**, por sí solo no puede servir para que se admita que en ese evento existió o debió existir una relación legal y reglamentaria».

Asimismo, si el accionante pretendía probar que realizó las mismas funciones que los médicos generales de planta, con el fin de poner en evidencia una verdadera relación laboral, debió aportar al plenario las funciones que a estos correspondían y las suyas para efectuar el respectivo examen; por ello, se comparte lo expresado por el *a quo*, en los siguientes términos:

[…]

Entonces, debe esta judicatura verificar si se probó por la parte demandante la subordinación continuada al servicio de la entidad demandada, y si efectivamente prestaba tal servicio en las mismas condiciones que los empleados de planta de personal. En este punto se encontró que solo existe prueba de la prestación del servicio entre los períodos que van del 1º de octubre de 1994 hasta el 31 de marzo de 1995, del 1º de enero de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1996, y entre el 1º de marzo de 1997 y el 31 de diciembre de 1997. Se tiene entonces que, de una relación laboral que se pretende sea declarada por tres años y cinco meses, solo se probó una vinculación por períodos discontinuos e independientes que sumados alcanzan los dos años y cuatro meses.

Lo anterior, añadido que no existe prueba dentro del expediente que permita definir con certeza que la prestación del servicio realizada por el señor WILSON ALBERTO LÓPEZ CONCHA se desarrolló en las mismas condiciones que se predicaban para los médicos generales que estaban vinculados en la planta de personal de la entidad. Nótese como faltó dentro del período probatorio la prueba testimonial que hubiera sido útil para definir la igualdad de condiciones que existía entre el demandante y los demás médicos generales, no obstante la misma fue ordenada por el despacho tramitador, pero no fue diligenciada por la parte interesada (f. 173 y vto.).

[…]

Sin embargo, la prueba testimonial antes referida, ordenada en auto de 6 de mayo de 2002 (f. 102), fue practicada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Segovia, el 20 de agosto de 2014, y reposa en el proceso en folios 327-328: declaración juramentada del señor Gustavo de Jesús Carvajal Rodríguez, que en algunos de sus apartes dice:

[…]

RESPUESTA A LA PREGUNTA NUMERO UNO CONTESTO: Lo conozco desde el año 1995, en la actividad de médico del Hospital San Juan de Dios de Segovia, no es de mi familia, no he tenido negocios con él. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO DOS CONTESTO: El laboró cuando yo ingresé él se encontraba laborando en el Hospital San Juan de Dios de Segovia, no se cuánto tiempo laboró, pero si se que fue muchos años, después de que yo llegué él trabajó unos seis (6) años aproximadamente. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO TRES CONTESTO: El atendía en los días que le correspondía urgencia a todo paciente que ingresaba a dicha sala y en la sala de parto, si el turno era nocturno le correspondía todo el servicio de hospitalización, urgencia y sala de procedimiento. RESPUESTA A LA PREGUNTA NUMERO CUATRO CONTESTO: No, él estaba bajo mando de la parte administrativa, o sea el Gerente o Coordinador Médico de la E.S.E. Hospital San Juan de Dios. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO CINCO CONTESTO: Hay cuadro de turnos hecho por el Coordinador Médico y uno se ciñe a los horarios establecidos en dichos cuadros. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO SEIS CONTESTO: Si habían médicos que si estaban de planta, eran aproximadamente tres médicos de planta y los otros por contratos o por convenios. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO SIETE CONTESTO: El cuadro de turnos era para todos los médicos existentes en el Hospital, sea de planta, por contrato o por convenios. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO OCHO CONTESTO: El Hospital lo dotaba con los implementos médicos como fonendoscopio, tensiómetro, y todos los implementos médicos-quirürgicos que se requerían para los procedimientos. También eran dotados de prendas, batas y piyamas que se utilizan allí en el mismo Hospital San Juan de Dios. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO NUEVE CONTESTO: Las órdenes eran dadas por el Gerente de apellido ARANA para la atención médica en urgencias o en hospitalización. RESPUESTA A LA PREGUNTA NÚMERO DIEZ CONTESTO: El tenía derecho si era turno nocturno a la comida y a la merienda. Si era turno día al almuerzo y si es consulta externa a ninguna alimentación. El Hospital si (sic) les suministraba la comida o la merienda a los médicos en forma gratuita. El turno nocturno era de siete de la noche a siete de la mañana ahí estaba la comida, la merienda y desayuno y el turno día de siete de la mañana a siete de la noche y tiene derecho al almuerzo. La consulta externa de ocho a doce o de dos a seis y ahí no se suministraba alimentación.

[…]

Pero este testimonio, al ser analizado de manera conjunta, no demuestra con exactitud que entre el accionante y la entidad demandada existió, más que un contrato de prestación de servicios, una real relación laboral legal y reglamentaria, pues refiere situaciones generales e indefinidas que rodean el trabajo del personal médico, que incluye al accionante, pero no hace alusión a las circunstancias particulares del accionante; y como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 17 de octubre de 1990, M.P. Eduardo García Sarmiento,[[8]](#footnote-8) «el poder demostrativo de la prueba testimonial se examina en función de ser las declaraciones responsivas, exactas y completas». Agrega la Corte:

Es responsivo el testimonio, cuando cada contestación se relata dando la razón de la ciencia de lo dicho, con la explicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que haya ocurrido cada hecho y de la forma como llegó el conocimiento del deponente; exacto cuando la respuesta no deja lugar a incertidumbre; y completo, cuando la deposición no omite circunstancias fácticas que pueden ser influyentes o relevantes en la cuestión litigada (Cas. Civ. 28 de marzo de 1984, G. J. No. 2145, página 123).

Así las cosas, al no desvirtuarse la naturaleza de los contratos u órdenes de prestación de servicios, la Sala estima que, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda, y, por ende, el acto acusado quedó incólume.

En atención a que quien se halla habilitado legalmente para ello, confirió poder en nombre de la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia, se reconocerá personería al profesional del derecho destinatario de este.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

1.º Confírmase la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Antioquia (sala de descongestión, subsección laboral), que negó las pretensiones de la demanda incoada por el señor Wilson Alberto López Concha contra la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.º Reconócese personería al abogado Luis Alfonso Bravo Restrepo, con cédula de ciudadanía 71.022.006 y tarjeta profesional de abogado 79.079 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la ESE Hospital San Juan de Dios de Segovia (Antioquia), en los términos del poder que obra en f. 337 del expediente.

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

Notifíquese y cúmplase,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ CÉSAR PALOMINO CORTÉS

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |

Relatoria JORM

1. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, sentencia de 22 de julio de 2010, radicación 05001 23 31 000 1998 03894 01, consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, actor: Elkin Darío Cuartas Arias, demandado: Hospital San Juan de Dios ESE de Segovia (Antioquia) [ff. 181-204]. [↑](#footnote-ref-1)
2. «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». [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-3)
4. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año. [↑](#footnote-ref-4)
5. En similares términos, se pronunció el Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, en sentencia de 27 de enero de 2011, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente: 5001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10). [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección B, en sentencia del 28 de julio de 2005, radicación 50001-23-31-000-2000-00262-01 (5212-03), consejero ponente: Tarsicio Cáceres Toro. [↑](#footnote-ref-7)
8. Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencia de 17 de octubre de 1990, M.P. Eduardo García Sarmiento, EN Tratado de la prueba judicial, el testimonio, Jairo Parra Quijano, tomo I, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1996. p. 95. [↑](#footnote-ref-8)