**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Ley 80 de 1993 - Existencia**

Se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con laadministración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, cabe señalar que se restringe a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues si contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja la relación contractual. Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato administrativo estatal.

**CONTRATO REALIDAD - Elementos - Carga de la prueba - Relación contractual**

Con base en el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al contrato realidad, se concluye en cuanto a su configuración que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es: la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y, en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de un servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. A lo expresado se debe agregar que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo *«onus probandi incumbit actori»*, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada que, como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta. Así, se deben revisar en cada caso las condiciones en las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogeneicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto. (…) Cuando se pretenda acreditar un contrato laboral encubierto mediante **la figura de prestación de servicios al peticionario le corresponde desvirtuar dos presunciones de orden legal**: la primera está consagrada en el [artículo 32 de la Ley 80 de 1993](http://legal.legis.com.co/document/legcol/legcol_7599204144dbf034e0430a010151f034/ley-80-de-1993-ley-80-de-1993?text=articuloprincipal_$norma$|ley%2080%20de%201993%20articulo%201||articulo_$norma$|ley%2080%20de%201993%20articulo%201&type=qe&hit=1), sobre los contratos estatales, y la segunda trata del acto administrativo de nombramiento en el respectivo cargo. En ese orden, la carga de la prueba, como lo ha reiterado esta Sala en fallo reciente, radica en cabeza del actor, **quien deberá demostrar que se configuran los elementos de la relación laboral definidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.** Por lo tanto, **el contratista que alega la existencia del contrato realidad debe acreditar**: i) La actividad personal como trabajador; ii) La subordinación continuada y dependencia y iii) La respectiva remuneración. Los tres anteriores originan el derecho al pago de las respectivas prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, **en virtud del artículo 53 de la Constitución.**

**CONTRATO REALIDAD - Inexistencia - Subordinación - Falta de prueba**

Tampoco se configuró, o por lo menos no se logró demostrar, el elemento de la subordinación y dependencia, por cuanto nada aparece claramente demostrado respecto del cumplimiento de funciones públicas y horarios de trabajo propios de la entidad, para concluir que efectivamente se ejecutaron idénticas funciones a las asignadas a los servidores de planta, por cuanto además no aparece claramente demostrado la existencia de una planta de personal, de donde se desprende que no existe parámetro de comparación para fijación eventual de salarios y prestaciones. Es decir, se trata de una situación particular aunque anómala del funcionamiento de la E.S.E. demandada que sin embargo no alcanza o no tienen el mérito de viciar la decisión demandada de negar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se reclaman. (…) Así las cosas, sin estar desvirtuadas, como no se encuentran, tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte del actor como la transitoriedad u ocasionalidad de las funciones o tareas desempeñadas, y no resultar probados todos los elementos característicos de la relación laboral, concluye la Sala que en el presente asunto, tal como lo entendió y declaró el tribunal, contrario a lo argumentado por el demandante en el recurso de alzada, no se puede concluir que se configurara el contrato realidad.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

Bogotá, D. C., cuatro (4) de abril de dos mil diecinueve (2019).

**Radicación número: 44001-23-33-000-2013-90031-01(3328-15)**

**Actor: JULIO EDUARDO LIÑAN PANA**

**Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ DE MAICAO - GUAJIRA**

**LEY 1437 DE 2011. Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.**

 SO .051

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 28 de mayo de 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA, que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.

###### **ANTECEDENTES**

**1.1 La demanda**

El ciudadano JULIO EDUARDO LIÑAN PANA, por intermedio de apoderado, en ejercicio de medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), solicitó la nulidad del acto administrativo recibido el 1 de octubre de 2012, por el cual se negó la petición formulada a la Empresa Social del Estado Hospital San José del municipio de Maicao, Departamento de la Guajira, respecto del reconocimiento de la relación laboral y pago de prestaciones sociales. (fls. 1 a 13 del expediente).

Como restablecimiento del derecho pidió que se ordene a la entidad demandada que reconozca la existencia de la relación laboral mencionada, a partir del momento en que fue vinculado como contratista en el año 2005 hasta el año 2010, con todos los efectos salariales, prestacionales e indemnizatorios a que haya lugar, sumas que deben ser debidamente indexadas, así como la sanción moratoria por no pago oportuno de cesantías de acuerdo a la Ley 50 de 1990 y el Decreto 1582 de 1998,

Que se tome como referencia el cargo equivalente de la planta de personal de la entidad y demás emolumentos a que tenga derecho por el servicio personal, subordinado y remunerado que prestó como funcionario de dicha entidad pública del sector salud.

Y finalmente que las sumas resultantes de la sentencia que se emita se ajusten y se reconozcan intereses de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 178, 192 y 195 del CPACA.

**1.2 Fundamentos fácticos.** Los hechosen que se fundan las pretensiones de la demanda, en síntesis, son los siguientes**:**

**Primero:** El señor LIÑAN PANA se vinculó a la E.S.E. Hospital San José de Maicao, Departamento de la Guajira, desde el primero 1º de noviembre de 2005 y laboró hasta el 31 de julio de 2010, realizando labores de asesoría jurídica. En un principio a través de cooperativas de trabajo asociado, a las cuáles fue obligado a vincularse, y después a través de órdenes de prestación de servicios y la última vez mediante un contrato de prestación de servicios.

**Segundo:** Por intermedio de apoderado el demandante solicitó bajo derecho de petición el **27 de septiembre de 2012**, con oficio radicado bajo el número EXR2442 (fls. 29-32 del cuaderno 1 de anexos), al Gerente del Hospital el reconocimiento y pago de prestaciones sociales por el período transcurrido desde la fecha de su vinculación en el año 2005 hasta el 2010.

**Tercero:** La anterior petición fue atendida mediante oficio EXE.2111 de 1 de octubre de 2012 (fls. 34-35 del cuaderno 1 de anexos), por la cual denegó las peticiones incoadas y manifestó las razones por las cuáles considero que no se reunían los requisitos para declarar la relación laboral.

**Cuarto:** Durante su vinculación el actor estuvo sujeto al cumplimiento de horario, prestaba servicios en las instalaciones del hospital y siempre atendió las instrucciones y órdenes del mismo gerente del hospital en las mismas condiciones del personal de planta.

**1.3 Normas violadas y concepto de violación**

En la demanda se citaron como normas vulneradas, por falta de aplicación, las siguientes: De la Constitución Política, los artículos 13, 23, 25, 29, 41, 49 y 53. Y los

Decretos 3135 de 1968 (sic); Y 1959 de 1973, 1582 de 1998 y numeral 3, artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Como precedente jurisprudencial citó las sentencias del Consejo de Estado de 16 de julio de 2009, Exp. 1258-2007, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, en relación con los elementos y características propias del contrato de prestación de servicios y su distinción con las relaciones de carácter laboral. Y la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional.

Luego de transcribir largamente apartes de la sentencia C-154 de 1997 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Hernando Herrera Vergara (fls. 3 a 7 del expediente), expuso que de acuerdo a las pruebas allegadas el demandante fue vinculado como asesor jurídico en el año 2005 y hasta el 2010, sin interrupciones mayores, que cumplía horario como los demás empleados, que las labores desarrolladas eran similares a las demás empleados de planta y que se cumplieron los tres elementos de la relación laboral. Finalmente consideró que se violaron las normas legales relacionadas por cuanto ellas obligan al Estado a pagar las prestaciones sociales que se piden en la demanda y la sanción moratoria por el no pago de las cesantías.

Adjuntó como pruebas las órdenes de prestación de servicios y los documentos expedidos por el encargado del presupuesto del Hospital demandado sobre reserva presupuestal y pagos realizados al contratista.

**1.4 Contestación de la demanda**

El apoderado del ente demandado mediante escrito visible a folios 33 a 40, se opuso a las pretensiones de la demanda; adujo que sobre los hechos narrados en la demanda el señor Liñan Pana prestó inicialmente sus servicios a través de la Empresa Asociativa de Trabajo SERTECAD, en el período comprendido entre 1 de noviembre de 2005 y 30 de mayo de 2007. Luego, entre 1 de junio de 2007 y 29 de febrero de 2008, a través de la Cooperativa PRECOOPERATIVA UNIR. Y después por órdenes de prestación de servicios desde el primero de marzo de 2008 al 31 de enero de 2010 con algunas interrupciones. Por último, mediante contrato de prestación de servicios profesionales del 1 de febrero a 31 de julio de 2010.

Que la entidad debía contar con los servicios de asesoría jurídica para defender sus derechos y ocasionalmente entablar demandas, que no contaba con personal de planta que cumpliera dichas tareas ni persona alguna para suplir las necesidades de asesoría jurídica, razón por la cual era obligatorio contar con un asesor en dichas materias, para lo cual fue contratado el demandante, de lo cual tenía conocimiento pleno y previo, dada su calidad de abogado.

Que no existen pruebas suficientes sobre la pretendida relación laboral demandada, que no existe contrato realidad por cuanto no se demostró la subordinación. Agregó que la relación entre demandante y demandada era de naturaleza eminentemente contractual, que el demandante prestaba sus servicios de manera autónoma e independiente, que no cumplía horario. Presentó como excepciones de fondo la inexistencia de la obligación, prescripción de los derechos laborales, la genérica y la temeridad en la solicitud de reconocimiento de prestaciones sociales.

**1.5 La sentencia de primera instancia**

El Tribunal Administrativo de la Guajira, en sentencia de 28 de mayo de 015 negó las pretensiones de la demanda (folios 129-130) y condenó en costas y agencias en derecho a la parte demandante.

Expuso que de las pruebas documentales presentes en el expediente (copias de las órdenes de prestación de servicios, del contrato de prestación de servicios y certificaciones expedidas por la misma entidad demandada), no se evidencia la configuración de los elementos esenciales de una relación laboral entre la E.S.E. Hospital San José de Maicao y el actor, puesto que del objeto de las órdenes de prestación de servicios, las obligaciones asignadas al contratista y las demás pruebas, como los pagos efectuados al demandante, no se deduce ni comprueba el cumplimiento de horarios, ni las órdenes impartidas, ni menos la subordinación, como tampoco la existencia de cargo similar en la planta de personal de la demandada, que cristalizaran una clara dependencia de aquel respecto de la entidad.

Para llegar a dicha conclusión se tuvo como precedente las sentencias C-154 de 1997 de la Corte Constitucional. MP. Hernando Herrera Vergara, la de 23 de junio de 2005 de la Sección Segunda – Consejo de Estado, MP. Dr. J.M. Lemos Bustamante, Rad. 0245-2003 y de 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 del M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda.

Concluyó que no se puede verificar la prestación personal del servicio ni la subordinación, así que de acuerdo al análisis del caso concreto y con base en las pruebas aportadas, resolvió denegar las súplicas de la demanda.

**1.6 Fundamento del recurso de apelación de la parte demandante.**

El apoderado de la parte demandante[[1]](#footnote-1) interpuso recurso de apelación contra el anterior fallo, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación[[2]](#footnote-2):

Reitero básicamente los mismos argumentos de la demanda y transcribió ampliamente varias sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre el tema del contrato realidad y las órdenes de prestación de servicios.

Adujo que el *a quo* no tuvo en cuenta ni analizó la fecha de corte de las diferentes órdenes de prestación de servicios y la continuidad, con algunas interrupciones no mayores, de las diferentes contrataciones. Que se probó la existencia de un contrato realidad, a través de las órdenes de prestación de servicios del año 2005 a 2010, por cuanto el accionante sí cumplía horarios, como los demás funcionarios de planta, y reiteró que la entidad debía supervisar la ejecución de los contratos a través de las órdenes impartidas, lo que constituye una subordinación por parte de los contratistas.

Alegó además, que no se encontraba fundamentada la razón por la cual se podía constituir una supuesta responsabilidad disciplinaria del actor, como abogado o profesional del derecho, en lo concerniente a los temas en los cuales le correspondió asesorar a la entidad sobre la celebración de contratos de prestación de servicios del personal del hospital y su reclamación sobre su situación personal. Solicitó que se revoque la decisión en cuanto en su parte motiva dispuso el traslado de oficio, por parte de la secretaría del Tribunal, a la autoridad disciplinaria correspondiente, por presunta violación al Código Disciplinario del Abogado.

**1.7** Por auto de 13 de octubre de 2015 se admitió el recurso de apelación y se ordenó su trámite. (fl. 171).

Y mediante auto de 25 de octubre de 2016 se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes y al Ministerio Público.

Según informe de secretaría de 24 de enero de 2017, obrante a folio 221, solo la parte demandante presentó vía correo electrónico los alegatos de conclusión en tiempo; tanto la demandada como el Ministerio Público guardaron silencio.

# 2. CONSIDERACIONES

El demandante relató que prestó sus servicios como asesor jurídico del hospital de manera personal desde 2005, inicialmente como técnico en la oficina jurídica en el Hospital San José de Maicao- E.S.E. y posteriormente como profesional y luego como asesor jurídico en la misma oficina, a través de Cooperativas de trabajo asociado inicialmente, luego por órdenes de prestación de servicios y después, finalmente, mediante un contrato de prestación de servicios.

Agregó que cumplía horario de ocho -8- horas diarias, a través de órdenes de prestación de servicios sucesivas suscritas entre 2005 y el año 2010.

Señaló que el desempeño de sus labores se rigió bajo la continua dependencia y subordinación del gerente de turno y como coordinador de la oficina jurídica, haciendo uso de los elementos, medios y recursos suministrados por el hospital.

Que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas lo que existió entre las partes fue una verdadera relación laboral fundamentada en la subordinación y dependencia respecto del hospital, toda vez que recibía instrucciones y órdenes por parte del gerente del hospital, sumado a la prestación personal del servicio y a la remuneración que percibió.

Además dijo que las funciones y obligaciones que le fueron asignadas y que cumplió de manera habitual correspondían en los últimos años a las de asesor jurídico por cuanto el Hospital no contaba en la planta de personal con dicho cargo. Concluyó que se puede advertir que su actividad no fue de carácter transitorio ni excepcional sino que por el contrario hacia parte del giro ordinario y principal del ente hospitalario, como entidad prestadora del servicio esencial de la salud. Que en algunos ocasiones fue enviado a seminarios y cursos en representación del hospital y anexo los documentos respectivos (fls. 643 a 653, cuaderno de pruebas).

En la audiencia inicial celebrada el 30 de julio de 2013[[3]](#footnote-3), se fijó el litigio en los siguientes términos, que coinciden con las pretensiones expuestas en la demanda, así:

“Que subyace el medio de control de nulidad y restablecimiento y las prestaciones son relacionadas con acto administrativo expreso denegatorio de una relación legal y reglamentaria entre las partes.”

Consideró la magistrada ponente del Tribunal de origen que aunque se formula la nulidad de un supuesto acto ficto o presunto, producto del silencio administrativo, respecto de la petición formulada a la empresa social del estado Hospital San José de Maicao, realmente se trata de la nulidad de un acto administrativo expreso, particular y concreto que negó las prestaciones sociales al demandante con base en órdenes de prestación de servicios y procedió a aclarar y precisar el tema por parte del apoderado del demandante (Acta de audiencia inicial de 30 de julio de 2013, fls. 73 a 80).

**2.1 Problema jurídico**

En el presente asunto se trata de verificar si entre el demandante y la E.S.E. HOSPITAL SAN JOSÉ de Maicao se configuró una verdadera relación laboral a pesar de su vinculación mediante Cooperativas de Trabajo Asociado, órdenes de prestación de servicios -OPS- y un solo contrato, en caso afirmativo, si tiene derecho al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones en igualdad de condiciones a los empleados de planta y si operó el fenómeno de la prescripción.

El Despacho parte de la base indiscutible, que tanto la parte demandante como la demandada, conocen perfectamente los hechos de la demanda, como quiera que están contenidos en ella y la contestación de la misma, aceptando unos y oponiéndose a otros. En consecuencia, lo que convierte en motivo de debate en el presente asunto, es, en primer lugar, establecer si es nulo o no el acto administrativo por medio del cual el Gerente del Hospital San José E.S.E. de Maicao, niega al actor el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales solicitadas, así como de la sanción moratoria por la no cancelación de las mismas y la indemnización por no consignar las cesantías en el respectivo fondo.

En caso de ser afirmativa la premisa anterior, se deberá establecer si existió una relación laboral desde el 2005 hasta el 2010, entre el señor Liñan Pana y el Hospital San José E.S.E. de Maicao, sin solución de continuidad; y como consecuencia de ello, si el hoy demandante tiene derecho a que se le paguen las prestaciones sociales y demás derechos laborales generados en igualdad de condiciones a los que devengan los demás empleados públicos de la entidad. Así mismo, al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías.

Así mismo se deberá estudiar la procedencia de la indexación de los valores correspondientes a prestaciones sociales, de conformidad con lo ordenado en el artículo 187 del C.P.A.C.A., y el pago de las costas y agencias en derecho (fol. 341).

Para dilucidar la cuestión litigiosa, se verificará el desarrollo legal y jurisprudencial en torno a la figura del contrato realidad, para luego del análisis del acervo probatorio definir si en el caso concreto se reunieron los requerimientos exigidos para la existencia de una relación laboral, todo ello enmarcado dentro de lo que se alegó en el recurso de apelación.

**2.2 Del contrato realidad**

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó la posibilidad de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público y al definir sus características y diferencias con el contrato de trabajo señaló que el ejercicio de tal potestad se ajusta a la Carta Política, siempre y cuando la administración no lo utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente[[4]](#footnote-4).

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones[[5]](#footnote-5) ha reiterado la necesidad de que, cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y, en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador en forma continuada.

Tal posición se complementa con la expuesta en sentencia de su Sala Plena[[6]](#footnote-6), en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario, el acogimiento de las instrucciones impartidas por los superiores o el reporte de informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación.

En la actualidad se tiene que para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos, especialmente que el contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia continuada que sujetan a un servidor público.

*Contrario sensu*, se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993, cuando se pacta la prestación de servicios relacionados con laadministración o funcionamiento de la entidad pública, caso en el cual el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, recibe el pago de honorarios por los servicios prestados por una labor convenida que no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados.

Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, cabe señalar que se restringe a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues si contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja la relación contractual.

Cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato administrativo estatal.

Ello en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. De tal manera se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados[[7]](#footnote-7).

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia de 25 de agosto de 2016, unificó su jurisprudencia y señaló que el pago de las prestaciones que se reconocen como consecuencia de la nulidad del acto administrativo que negó la existencia de la relación laboral, procede a título de restablecimiento del derecho y no como reparación integral del daño. Al efecto, expresó lo siguiente:

«Frente al anterior panorama jurisprudencial, resulta imperioso unificar el precedente con el fin último de acoger el criterio que sea más favorable a los ciudadanos que acuden ante la justicia contencioso-administrativa en busca de obtener el reconocimiento de los derechos que eran inherentes a una relación laboral pero que la Administración disfrazó con la suscripción de un contrato estatal, para lo cual ha de advertirse que el restablecimiento del derecho es una consecuencia lógica de la nulidad que se decreta, ya que una vez ejecutoriada la sentencia que así lo declara, el acto administrativo desaparece del mundo jurídico, por lo que los derechos y situaciones

afectados deben volver a su estado inicial, es decir, que en las controversias de contrato realidad hay lugar a reconocer las prestaciones que el contratista dejó de devengar y el tiempo de servicios con fines pensionales, pues su situación jurídica fue mediante un contrato estatal, pero que en su ejecución se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral, que en caso de haber sido vinculado como empleado público hubiese tenido derecho a las mismas prestaciones que devengan los demás servidores de planta de la respectiva entidad.

Por consiguiente, **no resulta procedente condenar a la agencia estatal demandada al pago de las prestaciones a las que tenía derecho el contratista-trabajador a título de reparación integral de perjuicios, dado que estas se reconocen como efecto de la anulación del acto que las negó**, pese a su derecho a ser tratado en igualdad de condiciones que a los demás empleados públicos vinculados a través de una relación legal y reglamentaria, esto es, a pesar de tener una remuneración constituida por los honorarios pactados, le fue cercenado su derecho a recibir las prestaciones que le hubiere correspondido si la Administración no hubiese usado la modalidad de contratación estatal para esconder en la práctica una relación de trabajo»[[8]](#footnote-8)

En cuanto a los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó que no prescriben, debido a que su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque la decisión judicial al declarar la existencia de la relación laboral tiene carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo[[9]](#footnote-9).

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó que aunque es cierto que es desde la sentencia que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial que no exceda el de la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años[[10]](#footnote-10).

De igual manera, sobre este punto referido a la prescripción del derecho reclamado en el marco de un contrato realidad, la Sección Segunda de esta Corporación, en la referida sentencia de unificación de 25 de agosto de 2016, señaló:

«Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la *“…primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales*” (artículo 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador.

Pero en aquellos contratos de prestación de servicios, pactados por un interregno determinado y que la ejecución entre uno y otro tiene un lapso de interrupción, frente a cada uno de ellos habrá de analizarse la prescripción a partir de sus fechas de finalización, puesto que uno de los fundamentos de la existencia del contrato realidad es precisamente la vocación de permanencia en el servicio. Por consiguiente, le corresponderá al juez verificar si existió o no la citada interrupción contractual, que será excluida de reconocimiento y examinada en detalle en cada caso particular, en aras de proteger los derechos de los trabajadores, que han sido burlados por las autoridades administrativas al encubrir una relación laboral bajo contratos de prestación de servicios.»

Asimismo, dicha providencia aclaró que el fenómeno prescriptivo no opera respecto de los aportes para pensión, teniendo en cuenta la condición periódica del derecho pensional que lo hace imprescriptible.

Ahora bien, con base en el tratamiento jurisprudencial que se ha dado al contrato realidad, se concluye en cuanto a su configuración que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es: la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva y, en particular, la subordinación y dependencia continuada en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de un servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito[[11]](#footnote-11).

A lo expresado se debe agregar que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo *«onus probandi incumbit*

*actori»*, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación continuada que, como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

Así, se deben revisar en cada caso las condiciones en las cuales se prestaron los servicios, en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva homogeneicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada asunto.

Atendiendo a lo anteriormente precisado se procederá a efectuar el examen probatorio correspondiente.

**2.3 De lo acreditado en el proceso**

Aparece demostrado en el expediente que el demandante estuvo vinculado al servicio de la ESE HOSPITAL SAN JOSÉ de Maicao - Guajira, en calidad de técnico, posteriormente como profesional universitario y finalmente como Asesor Jurídico, desde el 1 de noviembre de 2005 hasta el 31 de julio de 2010, tal como se advierte de las órdenes de prestación de servicios[[12]](#footnote-12) suscritas entre las partes, las cuales se relacionan a continuación, como también los comprobantes de egresos, las constancias de pago de honorarios, las actas de prestación de servicios, las cuentas de cobro, los certificados de disponibilidad presupuestal y las correspondientes resoluciones de reconocimiento y orden de pago de las respectivas OPS :

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **No. Orden de prestación de servicios** | **Fecha de suscripción del contrato u OPS.** | **Duración** | **Objeto** |
|  | 1 noviembre 2005 | 30 de mayo 2007 | Contrato Prestación de servicios mediante COOP. SERTECAD  |
|  | 1 diciembre 2005 | 30 diciembre 2005 | OPS. 0386 |
|  | 1 de junio 20071 diciembre 2007 | 29 de febrero 200831 de diciembre de 2007 | Contratos de Prestación de servicios mediante PRECOOP. UNIR |
|  | 2 enero de 2008 | 29 febrero 2008 | CPS 028/029 |
|  | 1 de marzo de 2008 | 31 de mayo de 2008 | OPS. No. 205 |
|  | 1 julio de 2008 | 31 julio 2008 | OPS. 0943  |
|  | 1 agosto 2008 | 30 agosto 2008 | OPS. 1290 |
|  | 1 de septiembre de 2008 | 30 de septiembre de 2008 | OPS. No. 1660 |
|  | 1 de octubre de 2008  | 31 de octubre de 2008 | OPS. 2053 |
|  | 1 de noviembre de 2008 | 30 noviembre de 2008 | OPS. 2433 |
|  | 1 de diciembre de 2008 | 31 diciembre de 2008 | OPS. 3035 / 2831 |
|  | 15 de enero de 2009 | 31 enero de 2009 | OPS. 0335 |
|  | 2 de febrero de 2009 | 31 de mayo de 2009 | OPS. 0390 |
|  | 2 de febrero de 2009 | 31 de mayo de 2009 | OPS. |
|  | 1 de junio de 2009 | 30 de junio de 2009 | OPS. 2002 |
|  | 9 de julio de 2009 | 31 de julio de 2009 | OPS. 2318 |
|  | 4 de agosto de 2009 | 31 de agosto de 2009 | OPS. 2678 |
|  | 1 de septiembre de 2009 | 30 de septiembre de 2009 | OPS. 2869 |
|  | 1 de octubre de 2009 | 31 de octubre de 2009 | OPS. 3427 |
|  | 1 de noviembre de 2009 | 30 de noviembre de 2009 | OPS. 3742 |
|  | 1 de diciembre de 2009 | 31 de diciembre de 2009 | OPS. 4250 |
|  | 1 de enero de 2010 | 31 de enero de 2010 | OPS. |
|  | 1 de febrero de 2010 | 31 de julio de 2010 | Contrato de Prestación de Servicios 005 de 1 feb. 2010. OBJETO: Prestación de servicios profesionales como ASESOR-CONSULTOR según la propuesta presentada por el contratista. (Fls. 507 a 511 cuad. Pruebas) |

Asimismo, dentro de las referidas órdenes de prestación de servicios celebrados entre la ESE Hospital San José de Maicao y el señor JULIO EDUARDO LIÑAN PANA, se destaca como única cláusula la de adelantar las labores de asesoría jurídica y, según la demanda, excepcional y extraordinariamente, con ocasión de las actividades de cierre de fin de año, como asesor jurídico en las diferentes áreas, referidas todas a la asesoría jurídica integral dentro a las obligaciones propias del Hospital, pero sin determinar o especificar a qué clase de asesoría en particular se referían o a qué clase de funciones o tareas específicas debía dedicarse el contratista, de donde se infiere que era una asesoría integral, general, sin especificar tareas o funciones determinadas, aspecto en el cual se diferencia de manera importante con un cargo o empleo de planta, el cual por ley debe tener asignadas en el correspondiente manual de funciones.

De igual manera, obran las múltiples certificaciones suscitas por el jefe de presupuesto y los comprobantes de egresos de los pagos ordenados al contratista, que acreditó que el demandante suscribió y ejecutó con el Hospital San José las órdenes de prestación de servicios que se relacionaron anteriormente, los cuales aparecen a lo largo del cuaderno de pruebas.

El demandante solicitó bajo derecho de petición el **27 de septiembre de 2012**, con oficio radicado bajo el número EXR2442 (fls. 29-32 del cuaderno 1 de anexos), al Gerente del Hospital el reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales por el período transcurrido desde la fecha de su vinculación en el año 2005 hasta el 2010.

La anterior petición fue atendida mediante oficio EXE.2111 de 1 de octubre de 2012 (fls. 34-35 del cuaderno 1 de anexos), por la cual denegó las peticiones incoadas y manifestó las razones por las cuáles considero que no se reunían los requisitos para declarar la relación laboral. El 30 de julio de 2013, el Tribual Administrativo de la Guajira celebró la audiencia inicial[[13]](#footnote-13) dentro del proceso de la referencia y en la misma se saneó el proceso, se decidieron las excepciones presentadas, se fijó el litigio, se interrogó a las partes sobre el ánimo conciliatorio, el cual fue negativo, y se decretaron pruebas de parte y de oficio. Por último se fijó fecha para audiencia de práctica de pruebas.

En audiencia de pruebas de 6 de noviembre de 2013 (Fls. 108 a 112) se realizó la verificación de las pruebas aportadas, se relacionaron las mismas, las cuales aparecen de folios 47 a 435 y se fijó fecha para audiencia de alegaciones y juzgamiento.

**2.4 Del caso concreto**

De los elementos de prueba obrantes en el plenario confrontados con la figura del contrato realidad contenida en acápite precedente, se encuentra que en el presente asunto no se logró demostrar una verdadera relación laboral entre el demandante y la administración de la E.S.E. Hospital San José de Maicao durante el lapso comprendido entre el el 1 de noviembre de 2005 hasta el 30 de enero de 2010.

Es así como la ejecución de las órdenes de prestación de servicios que suscribió el demandante Julio Eduardo Liñan Pana con la E.S.E. Hospital San José de Maicao, no se encuentra soporte alguno que de fe de la relación laboral, fuera de la documentación emitida por el Jefe de Presupuesto que da cuenta de los pagos efectuados al contratista por los servicios prestados y de acuerdo a la cláusulas pertinentes (cláusulas primera, segunda y tercera de las órdenes de servicios), pero no determina ninguna otra situación o demostración de la relación laboral, es decir no concluye acerca de los otros elementos necesarios para configurar la relación laboral.

En efecto, al parecer el accionante si se desempeñó en varios cargos dentro de la Oficina Jurídica (técnico, profesional universitario y asesor jurídico), siempre cumpliendo labores de asesoría jurídica sin determinarse de manera clara y precisa que clase de labores, en que materias del derecho o en relación con cuáles de las diferentes actividades administrativas propias del ente público, pero no se logró demostrar ni el cumplimiento de horario, ni la subordinación ni menos las órdenes o instrucciones que recibiera de los superiores, como tampoco que clase de funciones en concreto desempeñaba, fuera de las generales o genéricas de asesoramiento jurídico, pero sin determinar en qué clase de actuaciones o trámites, por lo que resulta evidente que en el cumplimiento de la labor asignada en calidad de funcionario del sistema de salud por medio de órdenes de prestación de servicios, el actor no prueba la realización o el esfuerzo personal que la misma requería, ni el cumplimiento de órdenes de los superiores, ni el cumplimiento de horarios, ni menos la subordinación, situación que permite corroborar que no se da en el presente caso la presencia del elemento **prestación personal del servicio.**

Aunque se demostró que evidentemente el actor percibió una **remuneración o contraprestación económica** por la labor realizada al servicio del Hospital, según las pruebas documentales, y que dicha remuneración estaba sujeta a la apropiación presupuestal de la entidad, tal como lo señalan los comprobantes de egresos expedidos por el ente hospitalario a favor del señor Liñan Pana acerca del pago de honorarios y pago de algunos gastos de viáticos, ello no permite por si solo determinar que se dé una relación laboral, por cuanto igual a los contratista se les deben cancelar sus respectivos honorarios.

Tampoco se configuró, o por lo menos no se logró demostrar, el elemento de la **subordinación y dependencia**, por cuanto nada aparece claramente demostrado respecto del cumplimiento de funciones públicas y horarios de trabajo propios de la entidad, para concluir que efectivamente se ejecutaron idénticas funciones a las asignadas a los servidores de planta, por cuanto además no aparece claramente demostrado la existencia de una planta de personal, de donde se desprende que no existe parámetro de comparación para fijación eventual de salarios y prestaciones.

Es decir, se trata de una situación particular aunque anómala del funcionamiento de la E.S.E. demandada que sin embargo no alcanza o no tienen el mérito de viciar la decisión demandada de negar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales que se reclaman.

En efecto, las probanzas no evidencian que la función desplegada por el accionante no fuera de carácter transitorio o esporádico -característica propia del contrato de prestación de servicios-, sino que, por el contrario, se trató de una relación no prolongada en el tiempo, como lo demuestran los diversas órdenes suscritas de manera interrumpida entre ambas partes desde diciembre de 2005 y hasta junio de 2010 - pero con importantes interrupciones en varias oportunidades.

Así mismo, del contenido de las diferentes OPS no se advierte prima facie la supervisión del mismo, al igual que las obligaciones estipuladas para la contratista, tales como que clase de actividades en concreto debía realizar, sino que se refieren a una asesoría integral o general, que bien podría eventualmente prestarse por un agente jurídico externo.

Tampoco se tiene comprobado que el demandante hubiese cumplido con el horario de trabajo y las órdenes y obligaciones que correspondieran imponer al directivo o gerente de turno.

Igualmente, no aparece acreditado que las funciones desempeñadas correspondieran a similares o idénticas funciones a las adelantadas por los demás funcionarios del Hospital en materia jurídica, debido a que era el único que desempeñaba dichas labores de asesoría, lo cual, aunque parezca una contradicción, no aparece debidamente probado que clase de funciones ú órdenes cumplía, además que no se advierte o nada se comprobó acerca del Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales del Hospital en el que se consagrara las funciones esenciales que el asesor jurídico debía cumplir, lo cual le correspondía probar al demandante.

Tampoco se solicitaron ni se decretaron testimonios que permitieran aclarar o determinar las verdaderas funciones y condiciones en que se desempeñaban las mismas por parte del señor Liñan Pana, y que permitieran inferir que no existía ninguna diferencia entre el contratista y los demás funcionarios de planta, teniendo en cuenta la clase de actividades propias de la misión que deben realizar esta clase de entes oficiales.

Así las cosas, sin estar desvirtuadas, como no se encuentran, tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte del actor como la transitoriedad u ocasionalidad de las funciones o tareas desempeñadas, y no resultar probados todos los elementos característicos de la relación laboral, concluye la Sala que en el presente asunto, tal como lo entendió y declaró el tribunal, contrario a lo argumentado por el demandante en el recurso de alzada, no se puede concluir que se configurara el contrato realidad.

Aunque se ha establecido por la reiterada jurisprudencia que las diferentes situaciones administrativas y necesidades del servicio no se pueden convertir en pretextos o excusas para vincular personal de manera irregular mediante contratos administrativos u órdenes de servicio con el fin de desempeñar funciones públicas en forma permanente, por cuanto tal vínculo deviene en precario e ilegal ante el franco desconocimiento de las formas sustanciales del derecho público, también se ha establecido que corresponde al demandante, como carga propia en defensa de sus intereses, probar que se dan los tres elementos constitutivos de la relación laboral, y si ello no se cumple, deben denegarse las súplicas de la demanda.

Cuando se pretenda acreditar un contrato laboral encubierto mediante **la figura de prestación de servicios al peticionario le corresponde desvirtuar dos presunciones de orden legal**: la primera está consagrada en el [artículo 32 de la Ley 80 de 1993](http://legal.legis.com.co/document/legcol/legcol_7599204144dbf034e0430a010151f034/ley-80-de-1993-ley-80-de-1993?text=articuloprincipal_$norma$|ley%2080%20de%201993%20articulo%201||articulo_$norma$|ley%2080%20de%201993%20articulo%201&type=qe&hit=1), sobre los contratos estatales, y la segunda trata del acto administrativo de nombramiento en el respectivo cargo.

En ese orden, la carga de la prueba, como lo ha reiterado esta Sala en fallo reciente, radica en cabeza del actor, **quien deberá demostrar que se configuran los elementos de la relación laboral definidos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.**

Por lo tanto, **el contratista que alega la existencia del contrato realidad debe acreditar**: i) La actividad personal como trabajador; ii) La subordinación continuada y dependencia y iii) La respectiva remuneración.

Los tres anteriores originan el derecho al pago de las respectivas prestaciones sociales en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, **en virtud del artículo 53 de la Constitución.**[[14]](#footnote-14)

Por lo anterior, la sentencia del Tribunal Administrativo de la Guajira será confirmada, pues le corresponde al demandante aportar al juez las pruebas necesarias para demostrar que la relación laboral aparece soslayada en medio de los contratos u órdenes de prestación de servicios suscritas, carga con la cual no cumplió evidentemente el demandante en el presente caso.

**De la condena en costas en segunda instancia[[15]](#footnote-15)**

El concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos del proceso, que incluye los honorarios de abogado o agencias del derecho[[16]](#footnote-16), los llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso[[17]](#footnote-17) y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y de secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación.

En cuanto a la condena en costas en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo este Despacho y la Corporación ya lo ha analizado con detenimiento[[18]](#footnote-18).

Por no resultar probadas en esta instancia, y en consideración a que el a quo ya condenó en costas en primera y que en segunda instancia aunque la parte demandante y apelante resulta vencida, la demandada no actúo ni presentó alegatos de conclusión, por tanto no se condenará en costas en esta segunda instancia.

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

 **F A L L A**

**PRIMERO: CONFÍRMASE** la sentencia de 28 de mayo de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira que negó las pretensiones de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho instaurada por el señor JULIO EDUARDO LIÑAN PANA contra la E.S.E. Hospital San José de Maicao - Guajira.

**SEGUNDO: SIN CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ WLLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

 **RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

1. Hospital San José de Maicao [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 133-162 [↑](#footnote-ref-2)
3. Fls. 73 a 80. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado ponente Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-4)
5. Entre otras, sentencia de 23 de junio de 2005. Expediente 0245-2003. Consejero ponente Jesús María Lemos Bustamante. [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Radicación IJ-0039. Consejero ponente Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicación 2776-05. Consejero ponente Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Radicación 1694-07. Consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de Unificación de 25 de agosto de 2016. Radicación 23001-23-33-000-2013-00260-01. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente 2152-06. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente 131-13. Consejero ponente Luis Rafael Vergara Quintero.

 [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente 3074-2005. Consejera ponente Bertha Lucía Ramírez de Páez. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fols. 320 a 435 y 214 a 496 del cuaderno de pruebas. [↑](#footnote-ref-12)
13. Fls. 73 y ss. Cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-13)
14. **Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 08001233300020120040101 (4363-2014), Ago. 24/18. C.P. William Hernández Gómez.** [↑](#footnote-ref-14)
15. Sobre el particular: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). [↑](#footnote-ref-15)
16. Artículo 361 del Código General del Proceso. [↑](#footnote-ref-16)
17. Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib. [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 3 de marzo de 2016. Rad. 25000-23-42-000-2012-01460-01 (1753-2014). En el mismo sentido: Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 7 de abril de 2016. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014). [↑](#footnote-ref-18)