**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS - Definición**

El contrato 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». 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.

**RELACIÓN LABORAL - Elementos**

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 a la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia. En reciente decisión la subsección B de esta sección segunda 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.*

**RELACIÓN LABORAL - Configuración**

Está demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios y la certificación de tiempo laborado, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, la prestación personal del servicio, por cuanto efectivamente el demandante fue contratado por la demandada como médico general, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, la remuneración por el trabajo cumplido, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «valor del contrato» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada en forma mensual, según lo acordado en cada contrato y las actas de liquidación de estos, incluido los meses de mayo y junio. En relación con la subordinación, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no…En efecto, se observa que el actor pese a vincularse como médico general mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues requerían de su presencia en las instalaciones del hospital y debía cumplir los turnos bajo los horarios y los parámetros fijados por su gerente…Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que durante la prestación de los servicios del accionante como médico general de la ESE, recibió órdenes de un superior, no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas, se le otorgaron y desarrolló funciones y labores similares a los empleados de planta y en sus mismas condiciones, ya que no existía diferenciación alguna; además, se le exigió cumplir sus labores en los horarios asignados directamente por el gerente y el coordinador médico y ejerció sus funciones en las instalaciones y con los instrumentos, materiales, insumos y equipos de la accionada, todo lo cual conlleva concluir que no se trató de una relación en la que imperó la subordinación. En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de«la primacía de la realidad sobre formalidades», pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los médicos nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeto a subordinación y dependencia. Por lo anterior, como la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones, como lo hizo el *a quo.*

**CONTRATO REALIDAD - Prescripción**

Por último, en lo que atañe a la prescripción, la Sala reitera que quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, si excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar dichas prestaciones en aplicación del principio de la «[...] primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborale*s*» (artículo 53 constitucional), estas se extinguen, lo que no ocurre en el *sub lite*, en razón a que (i) el actor prestó sus servicios por medio de contratos de prestación de servicios del 1° de febrero al 30 de junio de 2011, sin interrupciones, (ii) presentó reclamación ante su empleador el 25 de enero de 2013, y (iii) radicó la demanda ante la jurisdicción contencioso - administrativa el 14 de junio de 2013.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “B”**

**Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER**

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00603-01(2097-14)**

**Actor: ANDERSON ROBERTO ANTUNES CARDOSO**

**Demandado: HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON ESE - SANTANDER**

**Referencia: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. CONTRATO REALIDAD.**

**PROCEDE LA SALA A DECIDIR EL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la accionada contra la sentencia de 20 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda del epígrafe.

1. **ANTECEDENTES**

**1.1 El medio de control** (ff. 1 a 6). El señor Ánderson Roberto Antunes Cardoso, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), contra la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón (Santander) para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

**1.2 Pretensiones.** Se declarelanulidad del oficio de 11 de febrero de 2013, por medio del cual la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón negó al actor «la existencia de una relación laboral y por ende el pago de prestaciones sociales [...]».

A título de restablecimiento del derecho, «[...] se ordene reconocer todas las sumas correspondiente a primas, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, salarios de mes y medio, retención en la fuente, indemnización por falta de pago o salarios caidos [sic], despido sin justa causa y pagos de seguridad social por el tiempo trabajado».

**1.3 Fundamentos fácticos.** Relata el actor que «[...] laboró al servicio de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRÓN, [...] en el cargo de MEDICO GENERAL, bajo la continua subordinación y dependencia de sus jefes inmediatos, desde el 1 de febrero de 2011 y hasta el 15 de junio de 2011 […]».

Aduce que «[...] durante el tiempo que laboró al servicio, lo hizo de manera continua e interrumpida, bajo la modalidad de Contratos de Prestación de Servicios, los cuales pretenden encubrir una relación laboral que existió entre las partes».

Que «[…] mantuvo un horario designado por sus superiores y cumplió sus funciones de forma responsable». Asimismo, «[...] ejerció su prestación personal del servicio, en las oficinas e instalaciones de la entidad demandada y los materiales de trabajo en su integridad eran entregados por la pasiva».

**1.4 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto.** Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 25 y 53 de la Constitución Política, 32 (numeral 3) de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 790 de 2002 y 24 del Código Sustantivo de Trabajo.

Expresa que «[...] al negar la relación laboral [...], le negó [...] un derecho de orden constitucional como es la Seguridad Social, toda vez que durante el tiempo que [...] trabajó al servicio de la entidad, nunca cotizó para pensión».

Que «La forma de contratación efectuada es totalmente encubierta y simulada, actuación de MALA FE, [...]». Por lo tanto, «[...] de modo fraudulento, simulado, se ha entorpecido la realidad contractual [...], dejando y violando el principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Que significa que en materia laboral, prima los hechos o la realidad sobre la forma en que se haya establecido un acuerdo de voluntades».

**1.5 Contestación de la demanda** (ff. 62 a 66). La entidad demandada, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones; respecto de los hechos dice que algunos son ciertos, otros no y los demás no constituyen situaciones fácticas.

Asevera que «[...] si bien es cierto, prestó la actividad de manera personal, [...] se trata de un contrato de Prestación de Servicios Personales, de aquellos que la Ley 80 de 1.993 y sus posteriores modificaciones, establece [...] INTUTE PERSONAE, que son aquellos que se contratan, teniendo en cuenta las calidades personales y profesionales del contratista, en el caso [...] se requería un Médico por esa razón se contrató a éste profesional. [...] que **exista continua subordinación y dependencia respecto del empleador facultado para exigir el cumplimiento de órdenes**, éste elemento no se da, ya que el demandante, previo a la suscripción del Contrato, recibió una invitación de la ESE para celebrar el referido contrato, en donde se estipulaban **las condiciones, el plazo de ejecución los horarios en que se debía cumplir el objeto contractual y el valor del contrato como se forma de pago,** entendiendo el contrato como un acuerdo de voluntades, se aceptó por parte del demandante y así se suscribió, **sin que el Contratante hubiese realizado ningún llamado de atención o hubiese impartido ordenes diferentes a las contempladas en las obligaciones contractuales** [...]» [sic].

Dice que «[...] el demandante **desarrollo** [sic] **una actividad contractual**, alejada de la relación laboral, ya que las formas y el desarrollo del mismo se hicieron pagados [sic] a los postulados del contrato de prestación de servicios y sin que se configuraran los elementos configurativos de la relación laboral [...]».

**1.6 Providencia impugnada.** El Tribunal Administrativo de Santander, en sentencia de 20 de febrero de 2014 (ff. 288 a 291), accedió a las súplicas de la demanda, con condena en costas, al considerar que el accionante «**i)** prestó sus servicios como médico en la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRÓN, por un periodo ininterrumpido del 1° de febrero al 30 de junio de 20111 [sic], en turnos de 4, 6, 8, 12 horas de día o de noche, de lunes a jueves, de martes a viernes y domingos, según la fecha y hora asignada para la ejecución de las actividades, **ii)** estaba sujeto a las directrices del Gerente del Hospital y el Coordinador Médico, a quien debía solicitar permiso para ausentase de sus labores y de quien recibía las directrices para el desarrollo de las actividades que se programaban mes a mes, **iii)** debía presentar personalmente y por escrito, informe mensual de ejecución de actividades, al superior del contrato, en el que reflejara el estado real de cada uno de los asuntos del objeto contractual, dentro de los tres días hábiles siguientes de cada mes, **iv)** responder por los daños o perdidas, salvo deterioro natural del uso, del cuidado y custodia de los documentos, bienes y equipos utilizados para el desarrollo del objeto contractual, **v)** recibía por sus servicios personales una remuneración mensual pactada por honorarios».

Sostuvo que «[...] se logró acreditar el **carácter permanente de la función desarrollada por el demandante**, puesto que del estatuto de la entidad -Acuerdo No. 001 del 30 de enero de 1998-, se advierte que su objeto es la prestación de servicios de salud [...]. Adicionalmente, se tiene que para el cumplimiento de sus funciones la ESE [...] contaba con el cargo de planta Médico General, de lo que puede afirmarse que no se trataba de funciones meramente temporales, [...]».

Dispuso «[...] restablecer los derechos del demandante [...] reconociendo las prestaciones sociales correspondientes al período comprendido entre el 1 de febrero y el 30 de junio de 2011 y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, [...] el valor de las cotizaciones correspondientes a Pensión y Salud [...]».

Que «No hay lugar a reconocer [...] el valor descontado por retención en la fuente [...] tampoco la indemnización moratoria, ni el pago de salario y medio pretendido por los meses de mayo y junio [...]».

**1.7 Recurso de apelación** (ff. 299 a 303). Inconforme con la decisión de primera instancia, la demandada interpone recurso de apelación, en el que alega que «[...] acá no se puede establecer una relación laboral [...], pues la actividad se desarrollo [sic] dentro de los parámetros de la **no subordinación**, **puesto que no se halla probado, que el contratista haya recibido del contratante por si** [sic] **o por interpuesta persona orden alguna diferente a la pactada como obligación contractual**, pues éste simplemente desarrollaba su objeto contractual y abandonaba las instalaciones de la ESE, sin reparo por parte del Contratante, es más dentro de la carpeta contractual no existen llamados de atención, permisos concedidos, memorandos u otro tipo de documentos **que pruebe la subordinación y dependencia** [...]».

Arguye que«[...] los dos (2) testimonios aportados [...] no ofrecen ningún cambio fundamental frente a la relación contractual que tenía el demandante con el demandado pues [...] hace una manifestación que el desarrollo contractual tenía una supervisión, esta no es otra cosa, que la exigencia legal consagrada en el artículo 51 de la Ley 80 de 1993 [...] por esta razón el Subdirector Operativo de la entidad, era la persona que ejercía vigilancia de la ejecución contractual [...] el hecho de que los elementos para la prestación del servicio fueran de la institución, no es elemento para que se configure la relación laboral, pues no sería de recibo que el contratista llegara todos los días con camillas, sueros, medicamentos, etc., estos los proporciona la entidad como parte del contrato suscrito. [...] la segunda declaración, se trata de una empleada de servicios varios, que hace manifestaciones de ver al demandante en la institución, pero [...] sus actividades tan opuestas a la del demandante, no dan una certeza de sus afirmaciones de permisos, llamados de atención, registro de entradas y salidas que evidencien la subordinación y dependencia, [...] no se encuentra probado que el demandado haya dado órdenes al demandante, pues si bien cumplía una actividad personal [...] esta se derivaba del contrato de prestación de servicios [...]».

**II. TRÁMITE PROCESAL**

El recurso interpuesto fue concedido mediante proveído de 8 de abril de 2014 (f. 314) y admitido por esta Corporación a través de auto de 18 de junio siguiente (f. 322); en el que se dispuso la notificación personal al Ministerio Público y a las partes por estado, en cumplimiento de los artículos 198 (numeral 3) y 247 del CPACA.

**2.1 Alegatos de conclusión**. Admitido el recurso de apelación, se continuó con el trámite regular del proceso en el sentido de correr traslado a las partes y al Ministerio Público, por medio de auto de 21 de octubre de 2014 (f. 334), para que aquellas alegaran de conclusión y este conceptuara, oportunidad en la que el accionante guardó silencio.

**2.1.1** **Entidad demandada** (ff. 341 a 345). El abogado de la accionada insiste en los argumentos planteados en su memorial de contestación de demanda y agrega que «[...] las reclamaciones que hace el demandante tiene que ver con contratos suscritos entre 1 de Febrero de 2.011 hasta 16 de Junio de 2.011, podemos encontrar que a la fecha **ha operado el fenómeno de la PRESCRIPCIÓN de los derechos laborales,** teniendo en cuenta que[...] se debe reclamar **máximo DENTRO DE LOS TRES (3) AÑOS** siguientes al retiro».

**2.1.2 Ministerio Público** (ff. 347 a 353). La señora procuradora segunda delegada ante el Consejo de Estado, quien funge como representante del Ministerio Público dentro del presente proceso, es del criterio que debe confirmarse la sentencia de primera instancia, al estimar que «Por las características propias de ese tipo de actividad (médica y de consulta externa) es palmario que el actor no podía proceder de manera autónoma a desplegar sus actividades, sino que necesariamente debe estar sujeto a un plan de capacitación, instrucciones, jornadas de trabajo, programación de jornadas, consultas y, en general, a unas diligencias prefijadas a un plan de apoyo y atención en las actividades relacionadas con medicina general en consulta externa y en urgencias, acorde con el plan de gestión en esa área establecido por la ESE enjuiciada, donde se comprueba la subordinación [...]».

Que «[...] el demandante desempeñó una actividad igual a la que cumplían los demás médicos de planta [...]. En estos casos, se permite aseverar que se está frente a un contrato realidad, que debe generar efectos jurídicos y patrimoniales [...]».

**III. CONSIDERACIONES**

**3.1 Competencia.** Conforme a la preceptiva del artículo 150 del CPACA esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

**3.2 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 Girón (Santander) el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como médico - contratista, en aplicación del principio de la «primacía de la realidad sobre 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.

**3.3 Marco normativo y jurisprudencial**. En punto a la resolución del problema jurídico planteado en precedencia, procede la Sala a realizar el correspondiente análisis normativo a efectos de establecer la solución jurídicamente correcta respecto del caso concreto.

En principio cabe precisar que respecto de los contratos estatales de prestación de servicios la Ley 80 de 1993, en su artículo 32 (numeral 3), dispone:

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.

Posteriormente, este artículo fue modificado por los Decretos 165 de 1997, 2209 de 1998 y 2170 de 2002, que, precisarón «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 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[[1]](#footnote-1), 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[[2]](#footnote-2), «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[[3]](#footnote-3).

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda[[4]](#footnote-4) 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.*

**3.4 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) Petición presentada, el 25 de enero de 2013, por el actor ante la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón (Santander), orientada a que se declare «[...] la existencia de un contrato de trabajo, desde el inicio de la prestación personal del servicio subordinada y remunerada hasta el momento del retiro definitivo y que se ordene por lo tanto el pago de todos los derechos laborales derivados de un contrato de trabajo, como son: cesantías [...], intereses a las cesantías [...], primas legales [...], primas extralegales [...], vacaciones [...], indemnización por falta de pago [...], despido sin justa causa [...], beneficios convencionales [...], DEVOLUCIÓN DE APORTES EFECTUADOS A LA SEGURIDAD SOCIAL Y RETENCIÓN EN LA FUENTE» (ff. 21 a 23).

b) Oficio de 11 de febrero de 2013, del gerente de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón (Santander), que decide de manera desfavorable la anterior solicitud (f. 20).

c) Copia de los siguientes contratos de prestación de servicios:[[5]](#footnote-5)

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Contrato**  **N°.** | **Objeto** | **Fecha** | **Valor** | **Período** | **Desde** | **Hasta** | **Folios** |
| 195 | Servicios como médico general. | 1/2/2011 | $3.825.300 | 27 días | 1/2/2011 | 28/2/2011 | 16-18 |
| 334 | Servicios como médico general. | 1/3/2011 | $5.139.300 | 1 mes | 1/3/2011 | 31/3/2011 | 13-15 |
| 372 | Servicios como médico general. | 1/4/2011 | $4.453.150 | 1 mes | 1/4/2011 | 30/4/2011 | 10 -12 |
| 500 | Servicios como médico general. | 2/5/2011 | $4.510.200 | 28 días | 2/5/2011 | 30/5/2011 | 8 - 9 |
| 671 | Servicios como médico general. | 1/6/2011 | $ 913.200 | 1 mes | 1/6/2011 | 30/6/2011 | 81 -83 |

d) Actas de liquidación de los contratos indicados en el cuadro precedente, de acuerdo con las cuales se canceló al accionante honorarios por los servicios prestados como contratista, a través de órdenes de pago mensuales (ff. 85, 115, 129, 157 y 241).

e) «Anexo 1» de los contratos antes citados que da cuenta de las actividades que desarrolló el accionante, así[[6]](#footnote-6):

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Período** | **Funciones** | **Fecha de la actividad** | **Horario** |
| 1/2/2011 - 28/2/2011 | Consulta externa | 1,2,3,4,8,9,10,11,15,16,17,18,22,23, 24 y 25 de febrero. | 7 a. m. -11 a. m. |
| Servicio de hospitalización | 20 de febrero. | 7 a. m. - 3 p. m. |
| Servicio de urgencias | 1,3,4,8,9,10,11,15,16,17,18,22,23,24 y 25 de febrero. | 1 p. m. - 7 p. m. |
| 7,14,21 y 28 de febrero | 7 a. m. - 7 p. m. |
| 1/3/2011 - 31/3/2011 | Servicio de urgencias | 1,2,3,4,8,9,10,11,15,16,17,18,22,23,24,25,  29,30 y 31 de marzo | 1 p. m. - 7 p. m. |
| 7,14,21 y 28 | 7 a. m. - 7 p. m. |
| 1/4/2011 a 30/4/2011 | Consulta externa | 5,6,7,8,9,12,13,14,15,16,22,23,26,27,28 y 29 de abril. | 7 a. m. - 11 a. m. |
| Servicio de hospitalización | 18 de abril | 7 a. m. - 3 p. m. |
| Servicio de urgencias | 6,7,8,9,13,14,15,16,20,21,22,23,  26,27,28,29 y 30 de abril | 1 p. m. - 7 p. m. |
| 1, 2, 5, 12 y 19 de abril. | 7 a. m. - 7 p. m. |
| 1/5/2011 a 31/5/2011 | Consulta externa | 4,5,6,7,11,12,13,14,18,19,20,21,25,26,27 y 28 de mayo. | 7 a. m. - 11 a. m. |
| Servicio de hospitalización | 16 de mayo. | 7 a. m. - 3 p. m. |
| Servicio de urgencias | 4,5,6,7,11,12,13,14,18,19,20,21,25,25,26,27 y 28 de mayo. | 1 p. m. - 7 p. m. |
| 3,10, 17,24 y 31 de mayo. | 7 a. m. - 7 p. m. |
| 1/6/2011 a 30/6/2011 | Servicio de urgencias | 3, 10,15 y 17 de junio. | 7 p. m. - 7 a. m. |

f) Acuerdo 1 de 30 de enero de 1998, «por el cual se adopta el Estatuto de la Empresa Social del Estado. Hospital SAN JUAN DE DIOS DE GIRON del municipio de Girón», en el que se observa que su objeto es «la prestación de los servicios de salud» (ff. 162 a 205).

g) Certificación suscrita por el subdirector operativo de la demandada (f. 89), que da cuenta del período durante el cual el actor se desempeñó como médico general.

h) Oficio de 3 de diciembre de 2013, suscrito por el subdirector administrativo de la demandada, según el cual «[...] revisada la planta de personal existente en la Empresa Social del Estado ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRÓN, solo existen dos (2) Médicos Generales de Planta, [...] en la institución no se llevan libros de turnos».

i) En audiencia de pruebas celebrada el 4 de diciembre de 2013, se recaudaron los siguientes testimonios[[7]](#footnote-7), de los cuales se destaca:

- Iván Durango Gollero[[8]](#footnote-8), quien manifestó:

[...] soy médico general, [...] ¿Qué relación tiene con el señor Ánderson Antunes? - Éramos compañeros de trabajo, ¿[...] desde cuando lo conoce [...]? - Más o menos en el 2010, 2011, él hizo el rural en un hospital cerca a Santander en la Guaca, yo trabajaba en el hospital de Florida Blanca entonces yo remitía pacientes y nos conocimos por teléfono y luego nos encontramos laborando en la ciudad en varios lugares. ¿Cuánto tiempo laboraron juntos en el hospital de Girón? - [...] más o menos como seis meses [...] yo era una persona que asistía digamos poco al hospital de Girón, porque yo tenía unos turnos que se hacían en las horas de la noche, Ánderson era un médico que pertenecía más al staff por decirlo así, no de planta o fijo porque no se puede decir así, pero al staff habitual del hospital porque era médico de urgencias en las mañanas, hacía algunos turnos en la noche y participaba en consulta externa, por eso nos encontrábamos seguido, yo llegaba a las 7 de la noche y me iba a las 7 de la mañana, yo había meses que hacía dos o tres turnos, pero Anderson sí permanecía mucho más tiempo en el hospital. ¿Él laboraba bajo la dependencia directa de algún funcionario del hospital? - Sí claro, nosotros tenemos un coordinador médico que es el que se encarga de tomar las directrices y de las funciones específicas, somos médicos generales pero hay tres o cuatro puestos que se pueden ubicar como son una brigada, un turno de urgencias, un turno nocturno y la consulta externa, esas cuatro actividades se encarga de coordinarlas el coordinador médico y se hace bajo directriz de él con el aval del gerente, se programan mes a mes las actividades que corresponde a cada personas. En el evento en que se requiriera ausentarse del servicio usted o el señor Ánderson, ¿a quién debían acudir para informar de la situación? - Al coordinador médico se le notifica permisos, ausencias, incapacidades médicas. ¿La prestación del servicio [...] se daba siempre en las dependencias del hospital?- Sí claro, él trabajaba en urgencias que es una dependencia del hospital, consulta externa y hospitalización, todas son dependencias del hospital. ¿Usted tiene conocimiento si los materiales de trabajo con los que se ejercía la prestación del servicio de quien eran de propiedad? - Sí claro, los médicos tenemos es el fonendoscopio que siempre está con nosotros, pero, el resto de equipos médicos son del hospital. ¿El demandante podía en cualquier día de la semana manifestar que no acudía al hospital bajo su propio arbitrio? - No, nosotros nos regimos por un cuadro de turno dependiendo la incapacidad o problemas que se presente se le notifica al coordinador médico. ¿La actividad que ejercía el demandante [...] era permanente en el tiempo [...]? - Sí claro, Ánderson era el médico que más vinculado estaba con el hospital.

- María Ibáñez Borrero[[9]](#footnote-9), quien expresó:

[...]Trabajaba en oficios varios en el hospital de Girón. ¿Durante cuánto tiempo [...] laboró el señor Ánderson el mismo hospital que usted? - El doctor Ánderson empezó en febrero de 2011, trabajaba en urgencias, en consulta externa los domingos [...] atendía urgencia y medicina interna. ¿El médico Ánderson podía un día a la semana no asistir a su arbitrio o sin ninguna explicación al hospital? - Como el contrato era directo por el hospital tocaba ir con el doctor Juan Carlos Palomino, para que autorizara el permiso.

De las pruebas anteriormente enunciadas, estima la Sala que el demandante prestó sus servicios como médico general en la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón (Santander) mediante contratos de prestación de servicios, desde el 1 de febrero al 30 de junio de 2011, según las actas de liquidación de los contratos, por lo que percibió la remuneración pactada.

Asimismo, está demostrado con la copia de los contratos de prestación de servicios y la certificación de tiempo laborado, la existencia de dos de los elementos de la relación laboral, por un lado, **la prestación personal del servicio**, por cuanto efectivamente el demandante fue contratado por la demandada como médico general, lo que implica que fue quien prestó el servicio, y por otro, la **remuneración por el trabajo cumplido**, comoquiera que en dichos contratos de prestación de servicios se estipuló un «valor del contrato» con cargo a los recursos presupuestales de la entidad, es decir, la suma de dinero que tenía derecho a percibir y la modalidad del pago, lo que se entiende como la remuneración pactada por el servicio o el trabajo prestado, independientemente de su denominación (honorarios o salario), que en este caso le era pagada en forma mensual, según lo acordado en cada contrato y las actas de liquidación de estos, incluido los meses de mayo y junio.

En relación con la **subordinación**, como último elemento de la relación laboral, resulta procedente examinar la naturaleza de las funciones desempeñadas por el actor en el ente demandado y su verdadero alcance, con el fin de establecer si existió o no.

Resulta pertinente precisar que la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, según Decreto municipal 144 de 1997, es una «entidad con categoría especial de entidad pública descentralizada del orden Municipal, dotada de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, [...] En razón de su autonomía, la entidad se organizará, gobernará y establecerá sus normas y reglamento [...]», por lo que, a través de Acuerdo 1, adoptó sus estatutos, cuyo objetivo consiste en adelantar «[...] acciones de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud», de lo que se colige que el servició médico era una función permanente y obligatoria de la demandada.

En efecto, se observa que el actor pese a vincularse como médico general mediante contratos de prestación de servicios celebrados bajo los principios de la Ley 80 de 1993, la ejecución de su actividad necesariamente implicó la prestación de sus servicios intelectuales de manera directa y sin independencia en el cumplimiento de su labor, pues requerían de su presencia en las instalaciones del hospital y debía cumplir los turnos bajo los horarios y los parámetros fijados por su gerente, como se desprende del «Anexo 1» de los contratos, toda vez que laboraba en consulta externa de 7 a. m. a 11:00 a. m. y en la tarde prestaba sus servicios en urgencias de 1 p. m. a 7 p. m.; asimismo, se le asignaba al mes un turno en el servicio de hospitalización de 7 a. m. a 3 p. m., situación que fue corroborada con los testimonios rendidos por el señor Iván Durango Gollero y la señora Marina Ibáñez Borrero.

Los testigos también concuerdan en que para ausentarse el accionante debía tramitar o solicitar el permiso ante el coordinador médico, quien fungía como superior jerárquico de esa dependencia, lo que limitaba su autonomía e independencia.

En lo concerniente a la prestación del servicio, destaca la Sala que los testigos coinciden en que la atención médica se prestaba en las instalaciones de la entidad y con los equipos e instrumental que la ESE le proveía, pues la ejecución de sus funciones como médico en el servicio de urgencias, hospitalización y consulta externa, por obvias razones, estaba supeditada a contar con los elementos pertenecientes al empleador.

Por lo tanto, valoradas las pruebas en su conjunto, se colige que durante la prestación de los servicios del accionante como médico general de la ESE, recibió órdenes de un superior, no pudo delegar el ejercicio de sus actividades en terceras personas, se le otorgaron y desarrolló funciones y labores similares a los empleados de planta y en sus mismas condiciones, ya que no existía diferenciación alguna; además, se le exigió cumplir sus labores en los horarios asignados directamente por el gerente y el coordinador médico y ejerció sus funciones en las instalaciones y con los instrumentos, materiales, insumos y equipos de la accionada, todo lo cual conlleva concluir que no se trató de una relación en la que imperó la subordinación.

En este orden de ideas, a la presente controversia le es aplicable el principio de«la primacía de la realidad sobre formalidades», pues es indudable que el demandante se encontraba en las mismas condiciones de los médicos nombrados en planta, en tanto desempeñaba personalmente la labor, en un cargo que revestía la característica de permanente, motivo por el cual estaba sujeto a subordinación y dependencia.

Por lo anterior, como la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que cuando el objeto del contrato versa sobre el desempeño de funciones de carácter permanente y en el proceso se demuestra que hubo subordinación o dependencia respecto del empleador, surge el derecho al pago de prestaciones[[10]](#footnote-10), como lo hizo el *a quo.*

Por último, en lo que atañe a la prescripción, la Sala reitera que quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, si excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar dichas prestaciones en aplicación del principio de la «[...] primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborale*s*» (artículo 53 constitucional), estas se extinguen, lo que no ocurre en el *sub lite*, en razón a que (i) el actor prestó sus servicios por medio de contratos de prestación de servicios del 1° de febrero al 30 de junio de 2011, sin interrupciones, (ii) presentó reclamación ante su empleador el 25 de enero de 2013, y (iii) radicó la demanda ante la jurisdicción contencioso - administrativa el 14 de junio de 2013.

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, se confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda.

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 20 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Ánderson Roberto Antunes Cardoso contra la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón (Santander), conforme a lo expuesto en la parte motiva.

2.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**

**Relatoría:** JORM/Dcsg/Lmr.

1. Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-1)
2. Modificado por el Decreto 3074 del mismo año. [↑](#footnote-ref-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. Los datos se extraen de los folios 8 a 18. [↑](#footnote-ref-5)
6. Los datos se extraen de los folios 90,100, 140,146 y 238. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ff. 268 a 271 y medio magnético en el folio 271. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 271 y medio magnético minutos 3:29 a 14:40. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 271- CD, minuto 16:12 a 14:40 [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado, sala plena de lo contencioso administrativo, consejero ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, sentencia de 18 de noviembre de 2003, expediente: IJ-0039, actor: María Zulay Ramírez Orozco. [↑](#footnote-ref-10)