**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Marco normativo – Presunción iuiris tantum**

Dentro del listado de contratos tipificados por la Ley 80 de 1993, se encuentra el consagrado en su artículo 32, denominado de prestación de servicios (…) Dicha normatividad contempló una presunción iuris tantum, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales. Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo. (…) las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. (…) la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser iuris et de iure, es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae. (…) es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral. (…) Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.

**CONTRATO REALIDAD – Principio causa petendi – Elementos – Relación laboral**

En virtud del principio de causa petendi, le correspondería en este caso a la demandante la demostración de los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue (artículo 167 del Código General del Proceso), para comprobar sin lugar a dudas, que una vez vistos en contexto los elementos de acatamiento de órdenes, cumplimiento de turnos y desempeño de funciones inherentes al objeto de la entidad en las mismas condiciones que los empleados de planta, se pueden generar situaciones que acrediten una subordinación, en todo caso, ellas deben ser demostradas para que permitan establecer la relación laboral. Destaca la Sala que los elementos de la misma deben mirarse en su conjunto y de manera articulada, pues no basta uno solo de ellos para acreditarla. (…) desvirtuadas como se encuentran tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la actora como la transitoriedad u ocasionalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados todos los elementos característicos de la relación laboral, concluye la Sala, que en el presente asunto, se configuró una verdadera relación laboral, porque evidentemente la administración utilizó la modalidad contractual de prestación de servicios para la ejecución de labores de carácter permanente y ligada al objeto social de la entidad, aunque la misma se haya llevado a cabo por el término de 14 meses.

CONSEJO DE ESTADO

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN SEGUNDA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

**Radicación número: 68001-23-33-000-2014-00627-01(4696-15)**

**Actor: JANETH SMITH FERNÁNDEZ CABALLERO**

**Demandado: E.S.E. HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRÓN**

Ordinario: Nulidad y restablecimiento del derecho

Trámite: Ley 1437 de 2011[[1]](#footnote-1)

Asunto: Contrato realidad – la parte demandante demuestra que la labor ejecutada no es de aquellas de carácter ocasional o esporádica sino que se relaciona directamente con el objeto social de la entidad

Decisión: Confirma sentencia del 25 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander que concedió parcialmente las pretensiones de la demanda

**Apelación de sentencia.**

La Sala decide[[2]](#footnote-2) el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 25 de junio de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en tanto, consideró que se dio una relación laboral por ausencia de autonomía y la configuración del elemento de la subordinación en la labor de auxiliar de archivo de la ESE, pero negó la calidad de empleada pública, la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales y la sanción por no afiliación a un fondo de cesantías.

1. **A N T E C E D E N T E S**

La señora Janeth Smith Fernández Caballero, por intermedio de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, presentó demanda con el fin que se declare[[3]](#footnote-3):

* La nulidad del acto administrativo del 2 de diciembre de 2013, expedido por el gerente de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón, mediante el cual se negó la petición del 15 de noviembre de 2013, orientada a reconocer una relación laboral y pagar las prestaciones sociales derivadas de ésta.
* La existencia de una relación laboral con la entidad demandada por el periodo comprendido entre diciembre de 2009 y enero de 2011.
* La calidad de empleada pública.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a:

* El reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir en los contratos de prestación de servicios ejecutados entre 2009 y 2011, con base en el salario devengado por los empleados de planta, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y sanción por no afiliación a un fondo privado de cesantías.
* El pago de la indemnización por despido injustificado.
* El pago de la sanción moratoria.
* El pago de la indexación.
* Condenar en costas a la entidad demandada.
	1. **FUNDAMENTOS FÁCTICOS[[4]](#footnote-4):**

La demandante indicó que se desempeñó como auxiliar de archivo mediante contratos de prestación de servicios continuos e ininterrumpidos entre el 7 de diciembre de 2009 y el 31 de enero de 2011, laborando de forma personal, y que a cambio recibió su respectiva contraprestación.

Señaló que llevó a cabo sus funciones bajo la constante subordinación de sus superiores, cumpliendo horarios y sujetándose al reglamento interno de trabajo del centro hospitalario.

Agregó que ejecutó las mismas labores asignadas a los auxiliares que se encontraban nombrados en propiedad, sin recibir las correspondientes prestaciones sociales pretendidas. Acotó que fue despedida sin justa causa al darse por terminado su contrato en forma definitiva.

Por último, manifestó que el 15 de noviembre de 2013, radicó ante la entidad accionada, reclamación administrativa encaminada al reconocimiento de la relación laboral, el estatus de empleada pública y el pago de la indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir.

* 1. **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

Afirmó que fueron conculcados los artículos 13, 25, 53, y 209 de la Constitución Política; artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo; artículos 1 y 2 de la Ley 50 de 1990, artículo 50 de la Ley 80 de 1993, Leyes 640 de 2001, 1716 de 2009, 244 de 1995, 344 de 1996, 443 de 1998; Decretos 1453 de 1998, 1582 de 1998, 1460 de 2001, 2712 de 1999, 3135 de 1968, 1045 de 1978, 1042 de 1978 y 1160 de 1947.

Adujo que el acto administrativo expedido el 3 de diciembre de 2013 por la entidad demandada, se encuentra viciado de nulidad por ser el producto del desconocimiento de las normas en las que debía fundarse, especialmente el contenido del artículo 53 de la Carta Superior.

Así mismo, adujo que en el *sub judice* debía operar el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, toda vez que la ESE utilizó el ropaje del contrato de prestación de servicios autorizado por la Ley 80 de 1993 para encubrir una relación laboral.

* 1. **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[[5]](#footnote-5)**

La entidad demandada alegó que el vínculo surgido con la demandante se dio en el marco de un contrato de prestación de servicios, con motivo de la necesidad del servicio y en razón a que dentro de la planta de personal no existía tal cargo.

Por otra parte, indicó que la actora no estaba sujeta a subordinación alguna por parte de superiores, toda vez que le fue asignado un interventor que se limitaba a coordinar las actividades ejecutadas.

Frente a la terminación injustificada del vínculo alegada por la demandante, acotó que simplemente se dio finalización al contrato de prestación de servicios por haber llegado al término pactado, sin que existiera la obligación de renovarlo.

A manera de excepciones, propuso las que denominó:

* Prescripción de la acción.
* Inexistencia de la subordinación laboral.
* Inexistencia de la obligación reclamada.
* Inexistencia de vínculo laboral.
* Cobro de lo no debido.
* Buena fe de la accionada.

**1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

El apoderado de la ESE Hospital San Juan de Dios de Girón reiteró lo manifestado en el escrito demandatorio y agregó que los testigos citados a la audiencia de pruebas, tenían un conflicto de intereses, habida cuenta de que han presentado reclamaciones administrativas o demandas por los mismos hechos y sustento jurídico.[[6]](#footnote-6)

Por su parte, la parte demandante iteró el contenido del escrito demandatorio.[[7]](#footnote-7)

* 1. **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO[[8]](#footnote-8)**

La Procuraduría 17 Judicial conceptuó favorablemente a las súplicas de la actora, al considerar que se demostró la existencia de un contrato laboral, por cuanto el verdadero ánimo de la entidad no era el de suplir una necesidad transitoria de la planta de personal, sino la vinculación continua, permanente e ininterrumpida de la señora Janeth Smith. En consecuencia, afirmó que en el caso *sub examine* procede la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y el reconocimiento de las prestaciones y salarios dejados de percibir durante el vínculo entre las partes.

1. **LA SENTENCIA APELADA[[9]](#footnote-9)**

El Tribunal Administrativo de Santander, a través de la sentencia del 25 de junio de 2015, dispuso conceder parcialmente las pretensiones de la demanda, de la siguiente manera:

Declaró la nulidad de del Oficio del 2 de diciembre de 2013, mediante el cual se negó la existencia de la relación laboral entre el Hospital San Juan de Dios de Girón y la señora Janeth Smith Fernández Caballero. En consecuencia, declaró la existencia de la relación laboral entre las partes.

Así mismo, condenó al hospital a reconocer y pagar a favor de la demandante, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales devengadas por los auxiliares de planta o su equivalente, durante el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2009 y el 31 de enero de 2011, tomando como base el valor pactado en los contratos de prestación, de forma indexada.

Además, dispuso que el tiempo laborado se computaría para efectos pensionales, para lo cual, la entidad accionada debía realizar las correspondientes cotizaciones de ley.

Por otro lado, condenó a la ESE a reconocer y pagar a favor de la señora Janeth Smith, el valor equivalente al porcentaje que legalmente le correspondía trasladar al ente demandado como empleador, por concepto de aportes a salud y pensión, mientras la demandante demostrara haberlos realizado.

Por último, negó la declaratoria de calidad de empleada pública, la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, la sanción por no afiliación y consignación de las cesantías, la prescripción y condenó en costas a la ESE Hospital San Juan de Dios.

1. **EL RECURSO DE APELACIÓN[[10]](#footnote-10)**

El apoderado de la entidad demandada interpuso recurso de apelación en contra del proveído anteriormente citado, mostrando su inconformidad con el fallo y de esta manera reitera que la relación surgida entre las partes obedeció a un contrato de prestación de servicios.

También se queja de que al pactarse los contratos por periodos de 1 mes, se debe contar la prescripción a partir de la terminación de cada uno de ellos, por lo que al día de hoy cualquiera de ellos estaría prescrito.

En síntesis, no presenta un cargo concreto frente a la sentencia, sino que insiste de manera reiterada en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

**IV. CONSIDERACIONES.-**

Visto el trámite del proceso y por cuanto no se observa ninguna causal de nulidad que invalide la actuación que hasta ahora se ha surtido, procede esta Sala a proferir la decisión que en derecho corresponde. De acuerdo a los hechos expuestos en la demanda y las inconformidades planteadas en la apelación de la parte demandante, corresponde a la Sala:

**4.1 PROBLEMA JURÍDICO.-**

Establecer si la documental aportada, esto es, órdenes de prestación de servicios y las declaraciones rendidas por terceros, al ser valoradas, permiten evidenciar elementos de una relación laboral y desvirtuar la presunción del numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Para dicho estudio, a la Sala le corresponderá establecer los siguientes aspectos: **(i)** de la presunción contenida en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 frente a los contratos estatales y **(ii)** el caso concreto.

Las fuentes que se tendrán en cuenta para la resolución del presente caso, son:

Constitución Política: Art. 2. Garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales; Art. 13. Principio de igualdad; Art. 25. El trabajo como derecho y obligación; Art. 29. Debido proceso; Art. 53. Primacía de la realidad sobre las formas, Art. 229. Derecho acceder a la administración de justicia.

Legales: Ley 80/1993 Art. 32, núm. 3º. Contratos estatales de prestación de servicios, Ley 50/1990: Art. 1º: los elementos del contrato laboral. También se tendrán en cuenta las sentencias que por parte de esta corporación han sido proferidas en temas como el aquí abordado.[[11]](#footnote-11)

**i.** **De la presunción contenida en el numeral 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 frente a los contratos estatales.-[[12]](#footnote-12)**

Dentro del listado de contratos tipificados por la Ley 80 de 1993, se encuentra el consagrado en su artículo 32, denominado de prestación de servicios, cuya norma reza de la siguiente manera:

«3o. Contrato de prestación de servicios.

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

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

Dicha normatividad contempló una presunción *iuris tantum*, al establecer que en ningún caso estos contratos -entiéndase contratos de prestación de servicios- generan relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales.

Las presunciones generan una de dos situaciones: quien alega la presunción para fundar su derecho desplaza la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien, que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En ese orden, el artículo 166 del Código General del Proceso aplicable por remisión del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, regula las presunciones establecidas por ley señalando que «… el hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice.»

Así las cosas, la presunción contenida en el artículo transcrito al no tener el carácter de ser [*iuris et de iure*](http://es.wikipedia.org/wiki/Iuris_et_de_iure), es decir, de pleno derecho, puede ser controvertida y desvirtuada, de tal manera que, en asuntos como el presente, quien pretenda la declaratoria de existencia de una relación laboral que subyace de la ejecución de contratos de prestación de servicios, con base en el principio consagrado en el artículo 53 de la Carta Superior de la primacía de la realidad sobre las formas, tiene el deber de probanza a fin de poder quebrantar la presunción que sobre esta modalidad de contrato estatal recae.

Ahora bien, frente al caso que nos convoca es preciso que la denominada contratista, desvirtúe tal presunción, demostrando que en el respectivo contrato existió el elemento denominado subordinación, lo cual dependiendo de cada análisis en concreto y considerando varios factores, lo convertiría en un contrato laboral.

Lo anterior, debido a que el contratante determina exclusivamente el objeto a desarrollar por la contratista, quien a su vez ejecuta las labores encomendadas con autonomía e independencia, pues en caso contrario, se configura el elemento de la subordinación, propio del contrato laboral, que a su vez tiene implicaciones económicas diversas.

Para probar la existencia de este último, se requiere demostrar de forma incontrovertible además de la actividad personal y la remuneración, que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, la cual es aquella facultad permanente para exigir del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo.

Ahora bien, al dilucidar si en efecto, ésta tuvo su génesis dentro del vínculo trabado, debe analizarse en detalle el acervo probatorio obrante, correspondiéndole a la parte actora demostrar el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de la subordinación.[[13]](#footnote-13)

Lo anterior, por cuanto el seguimiento de ciertos lineamientos mínimos, no necesariamente configura los elementos de la relación laboral, pues si bien, los contratos de prestación de servicios, llevan implícita la autonomía e independencia en el manejo y desarrollo del objeto contratado, no quiere decir que como atiende recursos del estado, no sea sometido a controles, supervisión y seguimiento, lo que genera una interacción entre la entidad y el contratista, a fin de que el objeto contratado se ejecute en los términos pactados. La autonomía e independencia no eximen del deber que tiene la entidad de vigilar, que en efecto, el contratista cumple a cabalidad lo pactado.

Bajo ese entendido y en virtud del principio de causa petendi [[14]](#footnote-14), le correspondería en este caso a la demandante la demostración de los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persigue (artículo 167 del Código General del Proceso), para comprobar sin lugar a dudas, que una vez vistos en contexto los elementos de acatamiento de órdenes, cumplimiento de turnos y desempeño de funciones inherentes al objeto de la entidad en las mismas condiciones que los empleados de planta, se pueden generar situaciones que acrediten una subordinación, en todo caso, ellas deben ser demostradas para que permitan establecer la relación laboral. Destaca la Sala que los elementos de la misma deben mirarse en su conjunto y de manera articulada, pues no basta uno solo de ellos para acreditarla.

**ii. Caso concreto.-**

En el *sub lite*, recordemos, el apoderado de la parte demandada adujo que el vínculo entre las partes se dio en virtud de un contrato de prestación de servicios y que no se lograron demostrar los elementos de la relación laboral alegada por la accionante, quien se desempeñó como auxiliar de archivo en dicha entidad.

Además, en su sentir, ya fueron canceladas todas las acreencias correspondientes a través de los honorarios pactados y señaló que los testimonios recaudados carecen de imparcialidad, toda vez que los declarantes han interpuesto acciones administrativas y judiciales por los mismos hechos, pretendiendo reconocimientos de igual naturaleza.

Por otro lado, acotó que al pactarse los referidos contratos por periodos de 1 mes, se comenzaba a contar la prescripción a partir de la terminación de cada uno de ellos, por lo que al día de hoy, cualquier derecho sujeto a reclamación, se encuentra prescrito.

Dentro de las pruebas aportadas al plenario, se encuentran las siguientes:

| **Tipo** | **Entidad** | **Objeto** | **Término** | **Duración** | **Valor** | **Solución de****continuidad** |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| Contrato de prestación de servicios No. 816[[15]](#footnote-15) | ESE Hospital San Juan de Dios | Prestar servicios de auxiliar de archivo en la institución. | 07/12/2009a31/12/2009 | 25 días | $705.800 | \*\*\*\*\* |
| Contrato de prestación de servicios No. 930[[16]](#footnote-16) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 04/01/2010a30/03/2010 | 3 meses | $2.541.000 | 3 días |
| Contrato de prestación de servicios No. 349[[17]](#footnote-17) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 01/07/2010a30/07/2010 | 1 mes | $847.000 | 3 meses y 1 día |
| Contrato de prestación de servicios No. 523[[18]](#footnote-18) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 02/08/2010a31/08/2010 | 1 mes | $847.000 | 2 días |
| Contrato de prestación de servicios No. 560[[19]](#footnote-19) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 01/09/2010a30/09/2010 | 1 mes | $847.000 | 0 días |
| Contrato de prestación de servicios No. 758[[20]](#footnote-20) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 01/10/2010a31/10/2010 | 1 mes | $847.000 | 0 días |
| Contrato de prestación de servicios No. 991[[21]](#footnote-21) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 02/11/2010a30/11/2010 | 1 mes | $847.000 | 1 día |
| Contrato de prestación de servicios No. 10118[[22]](#footnote-22) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 01/12/2010a31/12/2010 | 1 mes | $847.000 | 0 días |
| Contrato de prestación de servicios No. 21[[23]](#footnote-23) | ESE Hospital San Juan de Dios | Ibídem. | 03/03/2011a31/01/2011 | 1 mes | $1.185.000 | 2 días |

* Manual de funciones y competencias laborales para los empleados de planta de la ESE Hospital San Juan de Dios.[[24]](#footnote-24)

Los contratos contemplaron entre otras, las siguientes obligaciones generales:

1. «Cumplir con el objeto del contrato en forma integral adelantando para tal efecto las actividades a que haya lugar, tendientes a su ejecución integral y garantizar la prestación de un servicio eficiente y oportuno a los usuarios.
2. Una vez suscrito el contrato, deberá contactar inmediatamente al Subdirector operativo, o subdirector administrativo, según el caso, con el fin de recibir instrucciones necesarias para el desarrollo de la actividad contratada.
3. Prestar el servicio contratado en forma continua y sin interrupción.»

Así entonces, los contratos permiten establecer: i) la relación entre la señora Janeth Smith Fernández Caballero y la E.S.E. Hospital San Juan de Dios de Girón, ii) que esta desarrolló una actividad consistente en prestar servicios de auxiliar de archivo en la institución, iii) que se ejecutaron desde el 7 de diciembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011, en un primer periodo de 7 de diciembre de 2009 a 30 de marzo de 2010 y un segundo que inició el 1º de julio de 2010 y terminó el 31 de enero de 2011, habiéndose dado entre uno y otro, una solución de continuidad de 3 meses y 1 día, lo que indica, que en el evento de que se lleguen a dar los elementos de la relación laboral, solo podría tenerse en cuenta el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2010 y el 31 de enero de 2011, por cuanto para el lapso de 30 de marzo de 2010 a 1º de julio de 2010 hubo solución de continuidad.

Establecidos los periodos que contempló la relación de carácter contractual, procede la Sala a revisar las obligaciones allí pactadas y entre ellas, se detiene la Sala en el numeral 2, que indica: «Una vez suscrito el contrato, deberá contactar inmediatamente al Subdirector operativo, o subdirector administrativo, según el caso, con el fin de recibir instrucciones necesarias para el desarrollo de la actividad contratada.» (Subrayado fuera de texto).

Esta obligación, en la forma redactada, que es por una sola vez y de manera inmediata, pareciera ser de aquellas que cualquier contrato celebrado contemple para efectos del inicio del mismo, sin embargo, por la clase de función, esto es, prestar servicio de auxiliar de archivo, y atendiendo a la tesis de las inferencias probatorias[[25]](#footnote-25), la Sala deduce que la prestación de los servicios de salud a cargo de la E.S.E. lleva incluida la atención de pacientes, los cuales requieren de la elaboración de una historia clínica que constituye a la luz del Decreto 1995 de 1999[[26]](#footnote-26), el documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el que se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención.

Significa lo anterior, que la prestación de los servicios de salud a cargo de la E.S.E. San Juan de Dios de Girón conlleva ineludiblemente la elaboración de historias clínicas por ser ese documento donde se consignan los actos médicos y demás procedimientos que realiza el equipo de salud, lo que permite pensar que la labor contractualmente ejecutada por la demandante no se trató de aquellas de carácter esporádico ni ocasional, sino que la misma tenía que ver con los servicios propios que a diario prestaba la E.S.E.

De otra parte, en lo que respecta a los demás elementos tipificantes de la relación laboral, se tiene que la accionante alega haber demostrado la subordinación ejercida por parte de la contratante, lo cual, fue acreditado con las declaraciones testimoniales rendidas[[27]](#footnote-27) por Nelson Ortega Arenis, Juan Mauricio Joya Blanco y Policarpa Anaya Ariza, quienes manifestaron ser compañeros de trabajo de la actora e indicaron que la misma cumplía horarios de trabajo y además, no gozaba de autonomía en el desarrollo de su actividad. Sobre el particular, se observa que los testigos señalaron lo siguiente:

* Nelson Ortega Arenis

PREGUNTADO: sírvase hacer un relato pormenorizado de lo que le conste con relación a los hechos de la demanda. CONTESTO: indica que es compañero de trabajo, entró primero que ella y tiene conocimiento de la labor que le correspondió hacer. Indica que la demandante era auxiliar de archivo en el hospital de Girón. PREGUNTADO: qué funciones específicas aparte de archivo ejercía la demandante en la ESE. CONTESTO: consignar cuentas a bancos, buscar documentos fuera de su área de trabajo, buscar carne, ir a la alcaldía. PREGUNTADO: Cuál fue la causa por la que se retiró del cargo a la demandante? CONTESTO: por puestos políticos que se terminaban y cambiaban al personal por otros. PREGUNTADO: de quién recibía las órdenes la demandante. CONTESTO: en la mañana el coordinador les daba las órdenes de archivo o personas de otras áreas y les mandaban a buscar documentos en otras áreas que no eran la propia. PREGUNTADO: tiene alguna reclamación en contra del hospital? CONTESTO: no. PREGUNTADO: cómo llegó la demandante a trabajar al hospital de Girón? CONTESTO: a través de su familia consiguió el puesto. PREGUNTADO: cómo era su horario? CONTESTO: 7 de la mañana a 12 y 2 a 5 de la tarde. PREGUNTADO: la demandante tenía su mismo horario y sueldo? CONTESTO: si. PREGUNTADO: cuál era el jefe de la demandante? CONTESTO: el coordinador del archivo que pertenecía al hospital. PREGUNTADO: cuando la demandante necesitaba un permiso a quién se lo solicitaba? CONTESTO: al coordinador de archivo y él hablaba con el jefe, el subdirector administrativo del hospital. PREGUNTADO: quién le suministraba los elementos a la demandante para trabajar? CONTESTO: los solicitaban al coordinador.

* Juan Mauricio Joya Blanco

PREGUNTADO: sírvase hacer un relato pormenorizado de lo que le conste con relación a los hechos de la demanda. CONTESTO: la demandante ingresó a trabajar en el 2009 por orden de prestación de servicios. Su horario era de 7 y media a 12 y de 2 a 5 y media. PREGUNTADO: qué órdenes le impartía a la demandante? CONTESTO: eran las que daba el doctor Gustavo Fuentes sobre la organización del archivo, porque había fondo acumulado, que es como está el documento en una bolsa y empezar a organizarlo. PREGUNTADO: la demandante cumplía un horario? Quién la hacía cumplir? CONTESTO: el jefe inmediato, que era el subdirector administrativo. PREGUNTADO: aparte de las funciones de archivo, que otras funciones desempeñaba? CONTESTO: a veces le tocaba desplazarse a otras dependencias a organizar, inclusive una vez hizo un reemplazo. PREGUNTADO: el cargo desempeñado por ella era necesario para la institución? CONTESTO: si porque cuando se efectuó la solicitud al Sena para el archivo fue de un coordinador y 3 auxiliares. PREGUNTADO: usted trabajó en el mismo tiempo que la demandante en la ESE? CONTESTO: cuando ella llegó, llevaba 3 años laborando, y cuando ella se fue, continuó laborando allí. PREGUNTADO: la demandante tenía algún jefe inmediato o superior? CONTESTO: él era el jefe inmediato y después el subjefe administrativo. PREGUNTADO: las funciones que ejercía la demandante las ejercía autónomamente? CONTESTO: no, era por un cronograma de organización que daba el subdirector administrativo. PREGUNTADO: si la demandante tenía que retirarse de su función, cómo lo podía hacer? CONTESTO: solicitando verbalmente el permiso. Si era más de medio día debía dirigirse al subdirector. PREGUNTADO: la demandante percibía contraprestación por sus servicios? CONTESTO: si, con salario. PREGUNTADO: cómo se cancelaba por la prestación de sus servicios? CONTESTO: el pago se hacía después del cumplimiento de requisitos, pago de seguridad social, funciones, certificación del subdirector. PREGUNTADO: los elementos utilizados por la demandante, quién los suministraba? CONTESTO: la jefe de almacén, autorizados por el subdirector.

* Policarpa Anaya Ariza

PREGUNTADO: sírvase hacer un relato pormenorizado de lo que le conste con relación a los hechos de la demanda. CONTESTO: la demandante fue compañera de trabajo, aunque trabajaba en archivo y la declarante en servicios generales. PREGUNTADO: sabe si la demandante tenía horario? CONTESTO: entraba a las 7 y media, salía a las 12, entraba a las 2 y salía a las 5 y media. PREGUNTADO: la demandante tenía jefe que le diera órdenes? CONTESTO: si, Gustavo. PREGUNTADO: usted en la actualidad ha presentado demanda o reclamación contra la ESE? CONTESTO: sí. PREGUNTADO: cómo se vinculó la demandante al hospital? CONTESTO: trabajaba por contrato que se renovaba cada mes. PREGUNTADO: la demandante ejercía sus funciones independientemente? CONTESTO: no. Mauricio le daba órdenes impartidas por el subdirector administrativo. PREGUNTADO: por la función prestada recibía alguna contraprestación? CONTESTO: el sueldo. PREGUNTADO: cómo cancelaban el sueldo? CONTESTO: mensualmente, les pagan después de 5 meses. PREGUNTADO: cuando la demandante necesitaba un permiso, a quién se lo pedía. CONTESTO: al subdirector administrativo. PREGUNTADO: la demandante cumplió mal el oficio que desempeñaba? CONTESTO: no sé. PREGUNTADO: quién la reemplazaba? CONTESTO: que yo sepa, nunca se retiró del servicio.

Las declaraciones rendidas, aunque muy pobres, permiten extraer las siguientes conclusiones: i) la demandante tenía funciones específicas de auxiliar archivo, lo cual concuerda con el objeto contractual y ii) desarrollaba actividades como: consignar en los bancos, buscar documentos e ir a la alcaldía.

Por otra parte, del manual de funciones de la entidad contenido en el CD obrante a folio 157 del plenario, se observa que el mismo contempla los cargos y demás, determinando una población exclusivamente de carácter médico o asistencial del cuerpo médico. Se contempla un auxiliar administrativo, que entre otras, tiene funciones de:

* «Mantener los soportes de los documentos de egresos e ingresos.»
* «Recibir y radicar la correspondencia que llega y despachar la que se origine en la oficina.»
* «Llevar actualizado y organizado el archivo de cada área, bajo los lineamientos generales de las normas de archivo.» (Subrayado fuera de texto).

De todo el análisis probatorio y de las declaraciones, se observa que aunque el contrato indica que la señora Janeth Smith Fernández Caballero debía recibir al inicio del contrato instrucciones del subdirector operativo o el subdirector administrativo, con los testimonios se acreditó que dichas instrucciones tenían carácter permanente.

Lo anterior permite concluir que i) no existía el cargo de auxiliar de archivo, ii) era necesario e inherente a la entidad, iii) la contratación de la señora no fue para necesidades puntuales y esporádicas, sino que eran verdaderas actividades que exigían una dirección y subordinación, porque no las podía realizar de manera autónoma y en consecuencia, por ese motivo se va a conceder.

Frente al señalamiento que hace la entidad demandada, en el sentido de que dichos testimonios no deben tenerse en cuenta, toda vez que los declarantes manifestaron haber interpuesto acciones administrativas y judiciales por los mismos hechos, pretendiendo reconocimientos similares; esta Sala observa que el señor Nelson Ortega Arenis manifestó no haber interpuesto reclamación contra el hospital, por su parte, en el caso de Juan Mauricio Joya Blanco, aunque en el acta de la audiencia de pruebas obrante a folio 195, consta que se le formuló la misma pregunta, no se observa la respectiva respuesta. Por último, Policarpa Anaya Ariza sí afirmó haber interpuesto una demanda en contra de la ESE.

En relación con lo anterior, esta Corporación manifiesta que cada prueba debe valorarse en conjunto con las demás y por ende, considera pertinente tener en cuenta los testimonios, toda vez que dan cuenta de los hechos acaecidos, contribuyendo así a la resolución del caso *sub examine*.

Por otra parte, al hacer un análisis de las funciones que estaban a cargo de la demandante y de los informes de actividades que rendía mensualmente, se observa que la ejecución de las obligaciones contractuales pactadas por las partes obedecían naturalmente a la prestación de los servicios que eran inherentes al objeto social de la E.S.E., es decir, el manejo del archivo, cuidado y organización en temas relacionados con las historias clínicas, no podía ser llevado a cabo de manera autónoma, independiente, bajo el gobierno de la contratista, sino que debía sujetarse a parámetros previamente fijados por la E.S.E. contratante.

Aunado a ello, se observa que la actora asistía a reuniones programadas por la empresa social y recibía capacitación dada por la contratante acerca del manejo de las historias clínicas de la entidad.

En suma, desvirtuadas como se encuentran tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio por parte de la actora como la transitoriedad u ocasionalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios y probados todos los elementos característicos de la relación laboral, concluye la Sala, que en el presente asunto, se configuró una verdadera relación laboral, porque evidentemente la administración utilizó la modalidad contractual de prestación de servicios para la ejecución de labores de carácter permanente y ligada al objeto social de la entidad, aunque la misma se haya llevado a cabo por el término de 14 meses.

De acuerdo con lo anterior, las inconformidades planteadas por el apoderado de la entidad demandada no encuentran respaldo probatorio en los diferentes medios de pruebas que obran en el proceso, en consecuencia, considera la Sala que en el presente asunto se demostró que la demandante prestó sus servicios a la E.S.E. San Juan de Dios de Girón de manera personal, subordinada y dependiente, lo que conlleva a confirmar la sentencia de fecha 23 de junio de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por medio de la cual, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Con relación a la prescripción[[28]](#footnote-28) señalada por la ESE frente a los derechos de la actora por haber culminación mensual de cada uno de los contratos, se debe expresar que si bien, no es viable entender que después de cada mes se comenzaba a contabilizar el término prescriptivo para reclamar los derechos, sí es procedente analizar la configuración del fenómeno prescriptivo tomando como base los 3 meses de interrupción que se dieron en el año 2010, estos fueron abril, mayo y junio, pues para dicho periodo no obra contrato de prestación de servicios.

Por ende, teniendo en cuenta que en el mes de abril de 2010 hubo una interrupción en el vínculo laboral y que la reclamación administrativa se presentó el 15 de noviembre de 2013, se concluye que la actora tenía hasta abril de 2013 para hacer la solicitud en sede administrativa. Visto lo anterior, se concluye que no estaba dentro del trienio con que contaba para hacer exigibles sus derechos, por lo que a pesar de haber existido una relación laboral, el periodo entre diciembre de 2009 y marzo de 2010 se encuentra prescrito, siendo viable reconocer únicamente los derechos causados desde julio de 2010 hasta enero de 2011.

En relación con lo anterior, se declarará la prescripción extintiva para el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2009 y el 30 de marzo de 2010 y se modificará el numeral 3º del fallo apelado, precisando el periodo para el cual se reconocerán las pretensiones de la demandante, esto es del 1º de julio de 2010 hasta el 31 de enero de 2011.

En este asunto es menester precisar, que en el escrito de fecha 15 de noviembre de 2013, que agotó la sede administrativa, se solicitó textualmente: «la devolución de los dineros correspondientes al pago de las cotizaciones en salud, pensiones y riesgos profesionales durante el periodo del 30 de junio de 2010 hasta el 31 de enero de 2011. Así como también la devolución de los dineros correspondientes a retención en la fuente equivalente al 10% del valor de cada contrato de prestación de servicios que la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRÓN deducía a título de impuesto sobre honorarios desde el 30 de junio de 2010 hasta el 31 de enero de 2011. Y de igual forma la devolución de los dineros correspondientes a las pólizas que la actora debió sufragar como garantía para cada uno de los contratos administrativos de prestación de servicios.»

No obstante lo anterior, en el escrito demandatorio no fue incluida dicha pretensión. Sin embargo, el *a quo* resolvió en el numeral 4º de la providencia apelada: «CONDÉNASE a la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON a reconocer y pagar a favor de la demandante JANETH SMITH FERNÁNDEZ CABALLERO el valor equivalente al porcentaje que legalmente le correspondía trasladar al ente demandado como empleador por concepto de aportes de salud y pensión, y que la demandante demuestre haber realizado»; pretensión que no fue solicitada, por lo cual, se revocará.

Por lo anterior, esta Sala observa que el pronunciamiento efectuado por el fallador de instancia no tuvo soporte en una solicitud planteada directamente por la accionante en su demanda, por lo que el numeral 4º de la sentencia impugnada se revocará. En igual sentido, se eliminará el aparte del numeral 3º que hace referencia a las cotizaciones a pensión, por la misma razón.

No obstante, se ordenará frente a las sumas que se ordenan pagar, efectuar por parte de la entidad, el descuento de las sumas correspondientes a parafiscales.

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la condena en costas, esta Sala se atendrá al precedente fijado, en el sentido de que no estuvo demostrada temeridad, ni mala fe por parte de la entidad demandada, por lo que se procederá a revocar el numeral 6º de la sentencia apelada.[[29]](#footnote-29)

En mérito de lo anteriormente 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**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia de fecha 25 de junio de 2015, expedida por el Tribunal Administrativo de Santander, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Janeth Smith Fernández Caballero contra la Empresa Social del Estado San Juan de Dios de Girón, en cuanto declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de 2 de diciembre de 2013, por las razones expuestas en la parte motiva de la providencia.

**SEGUNDO.-** **MODIFICAR** los numerales 3º y 4º, los cuales quedarán así:

**TERCERO: CONDÉNASE** a la ESE HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE GIRON a reconocer y pagar a favor de la demandante JANETH SMITH FERNÁNDEZ CABALLERO, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales que devengaron los servidores administrativos que tuviesen funciones de archivo, tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2010 y el 31 de enero de 2011.

**CUARTO.- ORDENAR** que frente a las sumas que se ordenan pagar, se efectúe por parte de la entidad, el descuento de los montos correspondientes a parafiscales.

**TERCERO.-** **DECLARAR** la prescripción de los derechos de la señora Janeth Smith Fernández Caballero para el periodo comprendido entre el 7 de diciembre de 2009 y el 30 de marzo de 2010.

**CUARTO.- REVOCAR** el numeral 6º, ya que no procede la condena en costas.

**QUINTO.-** Por Secretaría de la Sección Segunda de esta Corporación, devolver el expediente de la referencia al Tribunal de origen.

Providencia estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

**SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ**

**CÉSAR PALOMINO CORTÉS CARMELO PERDOMO CUÉTER**

1. Acta individual de reparto del 23 de julio de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Con informe de Secretaría de la Sección Segunda de 03 de junio de 2016, folio 276. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folios 1-26. Aunque en el agotamiento de sede administrativa (folios 46 a 49), la demandante solicitó la devolución de los dineros correspondientes al pago de las cotizaciones en salud, pensión y riesgos profesionales durante el periodo del 30 de junio de 2010 hasta el 31 de enero de 2011, sin embargo, en la demanda no incluyó tal pretensión, por lo que no se tendrá en cuenta. [↑](#footnote-ref-3)
4. La sede administrativa se agotó el 15 de noviembre de 2013, folio 46 y fue respondida el 3 de diciembre de 2013, folio 50. La audiencia de conciliación extrajudicial fue llevada a cabo el 24 de abril de 2014, folio 61. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 84-89. Aunque la contestación se presentó en tiempo, en la audiencia inicial celebrada el 25 de febrero de 2015, el Tribunal Administrativo de Santander resolvió no tenerla en cuenta, ya que a dicha etapa procesal no asistió el apoderado de la entidad demandada y por ende, no se le reconoció personería para actuar dentro del proceso. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 200-204. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 205-213. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 214-218. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 210-234. Mediante Auto del 21 de octubre de 2015, se resolvió la solicitud del 14 de octubre del mismo año, encaminada al pronunciamiento sobre las pretensiones de la indemnización por el no pago oportuno de las prestaciones sociales y la sanción por no afiliación y consignación de las cesantías. El a quo determinó (folios 247-248) que dichos emolumentos solo comienzan a causarse a partir de la sentencia que declara la relación laboral. Por lo tanto, adicionó un numeral a la sentencia en el sentido de denegar las demás pretensiones de la demanda. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 239-243. [↑](#footnote-ref-10)
11. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de abril de 2017. C.P.: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ: La labor desempeñada por la accionante (de auxiliar de archivo) requería de un personal permanente que asumiera tales funciones, en tanto que, las actividades relacionadas con el manejo de las historias clínicas, está directamente ligada con al servicio público de salud a cargo de la E.S.E. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 18 de mayo de 2017. C.P.: SANDRA LISSET IBARRA VELEZ: De la presunción contenida en el inciso 3º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 frente a los contratos estatales. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 21 de abril de 2016. C.P.: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ: La carga de la prueba le corresponde a quien solicita la declaratoria de un contrato realidad, debiendo desvirtuar el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. [↑](#footnote-ref-11)
12. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN B CONSEJERA PONENTE: DRA. SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (18) de mayo de (2017) Expediente Nº: 660012333000201300408 01 (0090-2015) Demandante: Roberto Carlos Martínez O´byrne. Demandado: Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA. [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “A” Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 68001-23-33-000-2013-00646-01(2949-14) Actor: ELODIA GONZALEZ SANMIGUEL Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCION DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES -DIAN- [↑](#footnote-ref-13)
14. La razón fáctica en la que el demandante apoya sus pretensiones. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folios 92-95. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 98-101. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 102-104. [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 105-107. [↑](#footnote-ref-18)
19. Folios 108-111. [↑](#footnote-ref-19)
20. Folios 112-114. [↑](#footnote-ref-20)
21. Folios 118-120. [↑](#footnote-ref-21)
22. Folios 125-128. [↑](#footnote-ref-22)
23. Folios 129-131. [↑](#footnote-ref-23)
24. CD Folio 157. [↑](#footnote-ref-24)
25. Tesis planteada en el texto de la Prueba de los hechos de Michelle Taruffo y en la que se sostiene lo siguiente: (…) la inferencia probatoria no puede en ningún caso constituir por si sola la prueba del hecho; se trataría pues, de una probatio inferior que solo podría tener una función accesoria en el contexto de la valoración de las pruebas y que, en todo caso, tendría un grado de eficacia inferior al de la presunción…

La inferencia probatoria se utiliza para valorar las otras pruebas, pero no para ofrecer elementos de conocimientos relativos al hecho a probar… [↑](#footnote-ref-25)
26. Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica [↑](#footnote-ref-26)
27. Aunque a folios 191 a 199 del expediente, se encuentra el acta de la audiencia de pruebas, no obra CD de la misma, por lo que la transcripción de los testimonios fue extraída de dicha constancia escrita. [↑](#footnote-ref-27)
28. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUÉTER Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15) CE-SUJ2-005-16 Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA). [↑](#footnote-ref-28)
29. CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION SEGUNDA SUBSECCION “A” Consejera ponente: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ (E) Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio dos mil quince (2015). Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00455-01(4044-13) Actor: NUBIA INES GUALI TELLO Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL. [↑](#footnote-ref-29)