**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Contrato realidad – Reconocimiento – Pago de prestaciones sociales**

En el presente asunto se trata de determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad, durante los periodos en los cuales se vinculó con la E.S.E. Francisco de Paula Santander a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo en calidad de médico ginecólogo.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Noción – Corte Constitucional**

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

**CONTRATO REALIDAD – Existencia – Elementos**

Esta Corporación en varias decisiones ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador. (…) entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación. (…) para acreditar la existencia de una relación laboral es necesario probar los tres elementos referidos; especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público.

**RELACIÓN CONTRACTUAL – Ley 80 de 1993**

(…) se constituye una relación contractual, que se rige por la Ley 80 de 1993 cuando: se pacta la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; le pagan honorarios por los servicios prestados; y, la labor convenida no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados. Sobre esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios, vale la pena señalar, que se debe restringir a aquellos casos en los que la entidad pública requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias, accidentales o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional; porque si contrata por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que de manera permanente se asignan a los demás servidores públicos, se desdibuja dicha relación contractual.

**CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS – Forma de desvirtuarlo**

Se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados

**PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA – Nulidad y restablecimiento del derecho – Contrato realidad – Término**

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años

**SUBORDINACIÓN – Sin prueba fehaciente**

En cuanto al elemento subordinación y dependencia, a pesar de que los testigos coincidieron en señalar que el demandante cumplía un horario de trabajo y debía acatar órdenes, dichas afirmaciones no coinciden en cuanto a quiénes ejercían como superiores y cómo llevaba a cabo la agenda que se debía cumplir, sumado a que los testigos se encuentran en igual situación que el demandante pues tanto Antonio José Gómez, como Ana Sofía Morales Gandur y Pedro Ignacio Silva Pérez iniciaron acciones judiciales en contra de la demandada con ocasión de los contratos de servicios y de las órdenes de prestación de servicios por ellos ejecutadas. Con lo anterior la Sala echa de menos la prueba idónea de la que fehacientemente se pueda inferir que el actor no tenía la posibilidad de actuar con independencia. (…) es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo «onus probandi incumbit actori», dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Francisco de Paula Santander; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala confirmar la sentencia apelada en cuanto el a quo negó el petitum de la demanda, por las razones expuestas.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION A**

**Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNANDEZ**

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

**Radicación número: 68001-23-31-000-2009-00691-01(1579-15)**

**Actor: SAUL JOSE SANCHEZ MESA**

**Demandado: FRANCISCO DE PAULA SANTANDER ESE EN LIQUIDACION**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 29 de enero de 2015 proferida por la Sala de Asuntos Laborales, Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander, que negó las súplicas de la demanda instaurada por el señor SAÚL JOSÉ SÁNCHEZ MESA en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la actuación administrativa por medio de la cual la E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACIÓN le negó el reconocimiento y pago de las acreencias laborales solicitadas con ocasión de su vinculación en el cargo de médico ginecólogo.

**ANTECEDENTES**

**LA ACCIÓN**

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del CCA, el actor presentó demanda con el fin de obtener la nulidad del Oficio LIO-14039 de 13 de agosto de 2009, por medio del cual la demandada le negó la existencia de la relación laboral y el reconocimiento de las acreencias laborales solicitadas, en atención a que su vinculación se adelantó a través de contratos de prestación de servicios.

En consecuencia, pidió que se le reconozca la calidad de empleado público o trabajador de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander en liquidación y que se le condene al reconocimiento y pago de salarios, desde el 23 de junio de 2005 hasta el 30 de febrero de 2007, de las cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, indemnización moratoria e indemnización por perjuicios, sumas que se deben reajustar de acuerdo con el IPC certificado por el DANE.

Además solicitó que se le reconozca, liquide y pague, a partir de la fecha de ingreso hasta la de desvinculación «todas las asignaciones básicas y prestacionales, teniendo en cuenta las estipulaciones contenidas en la convención colectiva de trabajo suscrita»[[1]](#footnote-1), tales como horas extras, indemnización por despido sin justa causa, perjuicios ocasionados, reajuste de los sueldos pagados, primas de navidad, primas de servicios, prima de antigüedad, prima técnica, incremento adicional sobre salarios, auxilio de transporte, auxilio de alimentación, subsidio familiar, entre otros.

Sumado a ello, por concepto de perjuicios materiales y morales, pidió que le sean pagados cincuenta millones de pesos ($50.000.000 COP). Igualmente solicitó que le sean reembolsados los dineros cancelados al sistema de seguridad social y que se le reintegren las sumas descontadas por concepto de «RETEFUENTE, IMPUESTOS, ESTAMPILLOS u otros»[[2]](#footnote-2).

Asimismo, requirió dar cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176, 177 y 178 del CCA.

**FUNDAMENTOS FÁCTICOS[[3]](#footnote-3)**

Como hechos el demandante relató, que se vinculó a la Clínica Comuneros en el cargo de ginecólogo a través de órdenes de prestación de servicios, desde el 23 de junio de 2005 hasta el 30 de febrero de 2007.

De igual manera señaló que el 31 de julio de 2009 presentó derecho de petición solicitando el reconocimiento de la calidad de empleado público y el pago de sus derechos laborales y convencionales, el cual fue resuelto negativamente a través del acto acusado.

 **DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN[[4]](#footnote-4)**

Se invocó en la demanda la trasgresión de los artículos 23, 25 y 53 de la Constitución Política; 195 de la Ley 100 de 1993; 23 a 26 de la Ley 640 de 2001; Ley 6 de 1945; Ley 65 de 1946; Ley 10 de 1990; Ley 60 de 1993; Ley 244 de 1995; Ley 344 de 1996; Ley 446 de 1998; Decreto 2767 de 1945; Decreto 1160 de 1947; Decreto 72 de 1996; Decreto 115 de 1996; Decreto 1818 de 1998 y Decreto 2712 de 1999.

Como concepto de violación argumentó en síntesis, que la demandada disfrazó un verdadero contrato de trabajo bajo la figura del contrato de prestación de servicios, toda vez que se reunieron los tres elementos de una relación laboral, (prestación personal del servicio, subordinación y remuneración), ello con el fin de evadir el pago de las prestaciones que la ley otorga a los trabajadores oficiales. Asimismo señaló que por virtud del artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene derecho a disfrutar de los beneficios concedidos en la convención colectiva.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público**[[5]](#footnote-5), a través de apoderada judicial se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que entre esta cartera y el accionante no existió ningún tipo de vinculación de la cual se puedan pretender derechos laborales. Agregó que no subrogó las obligaciones laborales del Seguro Social ni de la ESE Francisco de Paula Santander, establecimientos de naturaleza jurídica sustancialmente diferente a los ministerios.

Adicionalmente propuso como excepciones las que denominó: «inexistencia de la obligación por ausencia de causalidad entre los hechos y las pretensiones», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de solidaridad o de vínculo entre la E.S.E. Francisco de Paula Santander en liquidación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público», «prescripción» y «excepción genérica» en los términos del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil. (Fols. 299 a 311 cuaderno 1).

La **Nación, Ministerio de la Protección Social[[6]](#footnote-6)** contestó la demanda a través de apoderada judicial y se opuso a las pretensiones proponiendo como excepciones: (i) «inepta demanda» comoquiera que en el presente asunto lo que procedía era una acción contractual porque el perjuicio se deriva de un contrato; (ii) «inexistencia de la obligación» en tanto que el decreto por medio del cual se dispuso la supresión y liquidación de la ESE Francisco de Paula Santander no transfirió a ese ministerio sus obligaciones, activos o pasivos y en ese sentido no es sucesor procesal de la extinta entidad; (iii) «inexistencia de la facultad y de (sic) consecuente deber jurídico de este ministerio para reconocer y pagar derechos salariales, prestacionales sociales y derechos convencionales» esto debido a la inexistencia de vínculo alguno entre el Ministerio de la Protección Social y el demandante; (iv) «ausencia del vínculo de carácter laboral» pues el actor ostentó la calidad de contratista y no suscribió contrato de trabajo con la accionada; (v) «no comprender a todos los litis consortes necesarios o falta de integración del contradictorio» pues al ser liquidada la demandada se constituyó un patrimonio autónomo de remanentes a través de un contrato de fiducia mercantil, suscrito por FIDUPOPULAR S.A., el cual contiene la obligación de pago de las acreencias emanadas de fallos judiciales de carácter laboral, sin embargo no se vinculó a esa fiduciaria como litis consorcio cuasi necesario; (vi) «prescripción y caducidad»; (vii) «improcedencia del cobro perseguido»; (viii) «inexistencia de la solidaridad entre las demandadas»; y (ix) «la innominada». (Fols. 325 y s.s. cuaderno 1).

El **Instituto de Seguros Sociales (seccional Santander)[[7]](#footnote-7)** por conducto de apoderado judicial respondió la demanda oponiéndose a las pretensiones y para el efecto planteó las siguientes excepciones: «falta de jurisdicción y competencia»; «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «poder y/o mandato insuficiente»; «prescripción»; «falta de agotamiento de las pretensiones por la vía gubernativa»; «buena fe»; «falta de título y causa»; «inexistencia de la obligación» en el sentido de que «no existe la obligación por parte del ISS de reconocer y pagar a la DEMANDANTE lo solicitado por cuanto ésta comporta la calidad de EMPLEADA PUBLICA (sic) y el vinculo (sic) laboral con el ISS tampoco existe, pues esta (sic) estuvo vigente hasta el 25 de junio de 2003»; «cobro de lo no debido» toda vez que no procede el reconocimiento de las prestaciones solicitadas de conformidad con la convención colectiva de trabajo vigente, pues los beneficios creados por esta son para trabajadores oficiales y el demandante es empleado público, sumado a que su contrato de trabajo con el ISS no se encuentra vigente. Y finalmente la «genérica». (fols. 405 y s.s. cuaderno 1).

**Fidupopular S.A.,[[8]](#footnote-8)** contestó la demanda y se opuso a las pretensiones puesto que la contratación civil no genera ningún tipo de prestación diferente al pago de honorarios convenidos contractualmente. Agregó que no se configuró uno de los elementos del contrato de trabajo, esto es la subordinación o dependencia, toda vez que el objeto de los contratos suscritos con la entidad consistió en la realización de una serie de actividades propias de un médico ginecólogo y que por la naturaleza de las mismas el ordenador del gasto no podía indicarle la forma de desempeñarlas, lo que implica que se encuentra desvirtuada la existencia de un contrato realidad.

Adicionalmente propuso como excepciones las que denominó: «caducidad de la acción»; «prescripción»; «cumplimiento exclusivo de lo dispuesto en el contrato de fiducia mercantil No. 062 de 2009»; «pago» pues al demandante le fueron cancelados por parte de la demandada las sumas correspondientes a los honorarios acordados, razón por la cual no existe obligación alguna; «no haberse extendido la convención colectiva de trabajo del Seguro Social a los Servidores de la ESE. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER» toda vez que no existe disposición legal que consagre la obligación de aplicar una convención colectiva por fuera de la empresa que la suscribió ni a trabajadores o empleados de empresas distintas de aquella; y finalmente «excepción genérica». (Fols. 445 y s.s. cuaderno 1).

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

La Sala de Asuntos Laborales, Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander en providencia de 29 de enero de 2015, luego de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por los Ministerios de la Protección Social, de Hacienda y Crédito Público y por el Instituto de Seguros Sociales, negó las pretensiones de la demanda.

Consideró que a pesar de resultar evidente la prestación personal del servicio por parte del demandante para laborar como médico ginecólogo, no se obtuvo certeza respecto del periodo laborado, adicionalmente «no obra en el proceso constancias de pago a favor del actor, por concepto de honorarios»; y no se logró acreditar testimonial ni documentalmente la subordinación o dependencia respecto de la entidad.

**LA APELACIÓN**

El **demandante** interpuso recurso de alzada a fin de que se revoque la sentencia del *a quo,* porque en el expediente se encuentra plenamente acreditada su relación laboral con la accionada, al haberse reunido los tres requisitos del contrato de trabajo.

En su sentir el tribunal no tuvo en cuenta, de un lado, las pruebas documentales aportadas tales como los contratos sucesivos de prestación de servicios profesionales, que demostraban su permanencia en el cargo, la necesidad de sus servicios y la remuneración percibida, y de otro, aspectos importantes de los testimonios que acreditaban que, sin serlo, fungía como médico de planta, toda vez que cumplía órdenes y horario y además asistía a las reuniones que programaba el coordinador médico, por lo que se tiene que no existió autonomía e independencia en la prestación del servicio.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**El demandante** reiteró los argumentos expuestos a lo largo del proceso y señaló que: «De suerte que el material probatorio allegado al proceso, permite vislumbrar los siguientes elementos que caracterizan la relación laboral, así: (i) la prestación personal continua y permanente de los servicios por parte del actor mediante contratos de prestación de servicios, (ii) la existencia de superiores jerárquicos que supervisaban e impartían ordenes en el desarrollo de las funciones, (iii) el cumplimiento de un horario de trabajo, pues su actividad personal al servicio de la entidad demandada se realizaba de lunes a viernes POR TIEMPO COMPLETO, (iv) el cumplimiento de las mismas funciones que los empleados de planta, (v) el pago de una remuneración por los servicios prestados, (vi) la existencia de una subordinación del actor a la entidad en el cumplimiento de sus funciones como médico ginecólogo de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER». (Fols. 766 y s.s. cuaderno principal).

**La Nación, Ministerio de Salud y Protección Social** insistió en las afirmaciones vertidas en la contestación de la demanda y manifestó que la demandada es una entidad de derecho público con autonomía financiera y presupuestal, por lo que no es posible predicar de su parte solidaridad ni subrogación en las presuntas obligaciones endilgadas al Instituto de Seguros Sociales o a la demandada.

El **Ministerio Público** no allegó escrito de alegaciones finales.

Agotado el trámite procesal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes,

**CONSIDERACIONES**

**Problema jurídico**

En el presente asunto se trata de determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento del contrato realidad, durante los periodos en los cuales se vinculó con la E.S.E. Francisco de Paula Santander a través de contratos de prestación de servicios y órdenes de trabajo en calidad de médico ginecólogo.

Para dilucidar la cuestión litigiosa, se verificará el desarrollo jurisprudencial en torno a la figura del contrato realidad, para luego del análisis del acervo probatorio definir, si en el caso concreto, se cumplieron los requerimientos que legalmente se exigen para su configuración, todo ello enmarcado dentro de lo que se alegó en el recurso de apelación.

**Del contrato realidad**

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, determinó la posibilidad que existe de celebrar contratos de prestación de servicios con las entidades del sector público, y luego de definir sus características y establecer las diferencias con el contrato de trabajo señaló, que el ejercicio de tal potestad se ajusta a la Carta Política, siempre y cuando la Administración no lo utilice para esconder la existencia de una verdadera relación laboral personal, subordinada y dependiente[[10]](#footnote-10).

Por su parte, esta Corporación en varias decisiones[[11]](#footnote-11) ha reiterado la necesidad de que cuando se trata de una relación laboral, se acrediten fehacientemente los tres elementos que le son propios, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y en especial, la subordinación y dependencia del trabajador respecto del empleador.

Tal posición se complementa con la expuesta en anterior jurisprudencia de la Sala Plena de esta corporación, en la que se sostuvo, que entre contratante y contratista podía existir una relación coordinada para el desarrollo eficiente de la labor encomendada, que incluía el cumplimiento de un horario y el hecho de recibir instrucciones de los superiores o reportar informes sobre resultados, sin que ello significara necesariamente la configuración del elemento subordinación[[12]](#footnote-12).

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

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

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

Entonces, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, inexorablemente se impone el reconocimiento de las prestaciones sociales generadas, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra, que esa relación laboral que se ocultó bajo el manto solapado de un contrato estatal; ello, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral, consagrados respectivamente en los artículos 13 y 53 de la Carta Fundamental. Con lo que se superó esa prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados[[13]](#footnote-13).

En cuanto a la prescripción de los derechos prestacionales derivados del contrato realidad, otrora esta Sección concluyó sobre su no prescripción, en tanto su exigibilidad es imposible antes de que se produzca la sentencia, porque es en tal decisión judicial en la que se declara la existencia de la relación laboral, dado su carácter constitutivo; es decir, que es a partir del fallo que nace a la vida jurídica el derecho laboral reclamado y por tanto, no podía operar en estos casos el fenómeno procesal extintivo[[14]](#footnote-14).

Sin embargo, con el paso del tiempo se determinó, que aunque es cierto, que es desde la sentencia, que se hacen exigibles las prestaciones derivadas del contrato realidad, también lo es, que el particular debe reclamar el reconocimiento de su relación laboral dentro de un término prudencial, que no exceda la prescripción de los derechos que pretende; lo que significa, que debe solicitar la declaratoria de la existencia de esa relación en un término no mayor a tres años[[15]](#footnote-15).

Teniendo en cuenta el tratamiento jurisprudencial que se ha dado a los contratos realidad, se concluye en cuanto a su configuración, que constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración respectiva, y en particular, la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación continuada que se alega, no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito[[16]](#footnote-16).

A lo que se debe agregar, que la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, según el aforismo «*onus probandi incumbit actori»*, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación establecida y a acreditar la presencia real de los elementos anteriormente señalados dentro de la actividad desplegada, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que de manera primordial desentraña la existencia de una relación laboral encubierta.

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

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

**De lo acreditado en el proceso**

Obran en el plenario contratos de prestación de servicios suscritos sucesivamente por el Instituto de Seguros Sociales y el actor entre los años 1995 y 2001, para desempeñarse como médico especialista, los cuales se relacionan de la siguiente manera[[17]](#footnote-17):

* Contrato 225 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de abril de 1995 con un plazo de seis meses.
* Contrato 000470 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de septiembre de 1996 con un plazo de tres meses.
* Contrato 000628 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de diciembre de 1996 con un plazo de dos meses.
* Contrato 00086 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de febrero de 1997 con un plazo de siete meses.
* Contrato 00422 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de septiembre de 1997 con un plazo de seis meses.
* Contrato 00186 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 2 de marzo de 1998 con un plazo de cuatro meses.
* Contrato 00383 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 2 de julio de 1998 con un plazo de cuatro meses.
* Contrato 00443 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 3 de noviembre de 1998 con un plazo de cuatro meses.
* Contrato 00008 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 10 de marzo de 1999 con un plazo de seis meses y veintiún días.
* Contrato 00375 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de octubre de 1999 con un plazo de cuatro meses.
* Contrato 00098 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de febrero de 2000 con un plazo de cuatro meses.
* Contrato 00605 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 2 de octubre de 2000 con un plazo de dos meses y diecinueve días.
* Contrato 00209 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 1 de febrero de 2001 con un plazo de cuatro meses.
* Contrato 00515 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 22 de junio de 2001 con un plazo de tres meses y nueve días.
* Contrato 00752 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 4 de octubre de 2001 con un plazo de veintiocho días.
* Contrato 01002 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 2 de noviembre de 2001 con un plazo de veintinueve días.
* Contrato 001251 cuya fecha de inicio de ejecución fue el 14 de diciembre de **2001** con un plazo de dos meses y diecisiete días.

El 31 de julio de 2009el actor presentó petición ante la ESE Francisco de Paula Santander, a fin de obtener el reconocimiento de la relación laboral y pago de los derechos laborales y convencionales (fols. 19 y s.s. cuaderno 1).

Mediante Oficio LIO-14039 (acto acusado), la apoderada general del Consorcio Liquidación ESE Francisco de Paula Santander, respondió negativamente a la anterior solicitud, argumentando que «no existe y nunca existió una relación laboral entre el Dr. SAÚL JOSÉ SÁNCHEZ MESA y la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACION, teniendo en cuenta que en ningún caso los contratos de prestación de servicios generan relaciones laborales». (fols. 25 y 26 cuaderno 1).

El 31 de agosto de 2009 el demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial, a fin de que le fuera reconocida la calidad de empleado público y obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones y demás derechos laborales y convencionales a que haya lugar, dicha actuación la adelantó el Procurador Judicial 17 Administrativo, quien declaró fallida la audiencia porque la convocada manifestó no tener ánimo conciliatorio. (fols. 37 y 38 cuaderno 1).

Adicionalmente, reposa a folio 484 del cuaderno 1 el Acta de la audiencia pública de recepción de testimonio del señor Antonio José Gómez Serrano en la que consta:

**«PREGUNTADO: Sabe usted** quien (sic) es el señor SAUL (sic) JOSE (sic) SANCHEZ (sic) MESA. CONTESTO SI se, es un compañero de trabajo ginecólogo, trabajó con migo (sic) en el ISS., clínica comuneros., y en la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER y actualmente trabajamos en la clínica metropolitana. **PREGUNTADO** Cuando usted ingresa a la clínica comuneros el señor SANCHEZ (sic) MESA, ya laboraba en dicha institución CONTESTO yo entre (sic) un mes antes de él al ISS. No recuerdo el año **PREGUNTADO** tiene usted conocimiento desde cuando lo hacía CONTESTO no recuerdo la fecha. (…) **PREGUNTADO** manifieste al despacho si el Dr., SAUL (sic) JOSE (sic) SANCHEZ (sic), cumplió o cumplía un horario de trabajo en la clínica comuneros CONTESTO si, el Dr. SANCHEZ (sic), cumplía un horario de trabajo, consecuencia normalmente hacíamos cirugía electiva al día siguiente teníamos turno diurno, después hacíamos consulta externa y turno noche, descansábamos creo que dos días y se repetía la secuencia, igualmente todos los martes había reunión administrativa con el gerente o con la encargada de la clínica quien era la representante legal de la clínica, se cumplía con la misma agenda que los ginecólogos de planta. **PREGUNTADO** manifieste al Despacho si el Dr. SAUL (sic) SANCHEZ (sic) MESA, en su cargo como ginecólogo debía cumplir órdenes y si su respuesta es afirmativa, por parte de quién CONTESTO si cumplía ordenes (sic), se cumplían los turnos publicados por el departamento, firmados por la gerente, esa lista salía todos los meses, es decir si cumplía ordenes (sic), hasta reuniones administrativas asistíamos.»

Del testimonio de la señora Ana Sofía Morales Gandur se destaca lo siguiente:

«**PREGUNTADO: Sabe usted** quien (sic) es el señor SAUL (sic) JOSE (sic) SANCHEZ (sic) MESA CONTESTO Si se, es un médico ginecólogo que conocí cuando empecé mi trabajo en la clínica comuneros en 1998, PREGUNTADO Cuando usted ingresa a la clínica comuneros el señor SANCHEZ (sic) MESA, ya laboraba en dicha institución CONTESTO si, PREGUNTADO tiene usted conocimiento desde cuando lo hacía CONTESTO no, no se, PREGUNTADO tiene usted conocimiento hasta cuando laboró el señor SAUL JOSE SANCHEZ MESA en la clínica comuneros CONTESTO estuvimos trabajando continuamente mientras fue instituto de seguros sociales, luego ocurrió la escisión de la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, hasta que dejó de existir, se liquidó (…) PREGUNTADO manifieste al despacho si el Dr., SAUL (sic) JOSE (sic) SANCHEZ (sic), cumplió o cumplía un horario de trabajo en la clínica comuneros CONTESTO si, el Dr. SANCHEZ (sic), cumplía agenda mensual con turnos de 12 horas diurnos o nocturnos y jornadas de 6 horas de consulta o cirugía programada, PREGUNTADO manifieste al Despacho si el Dr. SAUL (sic) SANCHEZ (sic) MESA, en su cargo como ginecólogo debía cumplir ordenes (sic) y su respuesta es afirmativa, por parte de quién CONTESTO si cumplía ordenes (sic), como en primera instancia del gerente de la clínica, del subgerente médico y había un jefe del departamento de ginecoobstetricia, que daba las normas.» (fol. 485 cuaderno 1).

De la audiencia pública de recepción de testimonio del señor Pedro Ignacio Silva Pérez sobresale lo siguiente:

«**PREGUNTADO Sabe usted** quien (sic) es el señor SAUL (sic) JOSE (sic) SANCHEZ (sic) MESA **CONTESTO** Si se, es un médico ginecólogo, lo conocí como compañero de trabajo en la clínica comuneros cuando era del SEGURO SOCIAL y luego de la ESE., y también en la Universidad de Santander, como docente **PREGUNTADO** Cuando usted ingresa a la clínica comuneros el señor SANCHEZ (sic) MESA, ya laboraba en dicha institución **CONTESTO el ingresa después de que** yo estaba en la clínica, **PREGUNTADO** tiene usted conocimiento desde cuando lo hacía **CONTESTO** no, la recuerdo, yo entre (sic) en diciembre de 1987 de planta al seguro y el entró unos años después **PREGUNTADO** tiene usted conocimiento hasta cuando laboró el señor SAUL (sic) JOSE (sic) SANCHEZ (sic) MESA en la clínica comuneros **CONTESTO** creo que hasta que liquidaron la clínica, hubo dos liquidaciones primero la del Seguro y luego la de la ESE., y estuvo en las dos liquidaciones (…) **PREGUNTADO** manifieste al despacho si el Dr., SAUL (sic) JOSE (sic) SANCHEZ (sic), cumplió o cumplía un horario de trabajo en la clínica comuneros **CONTESTO** si, todos teníamos un horario de trabajo que establecía la clínica, donde nos fijaban las fechas de turnos de urgencias y demás actividades que se programaban como cirugías y consultas externas **PREGUNTADO** manifieste al Despacho si el Dr. SAUL (sic) SANCHEZ (sic) MESA, en su cargo como ginecólogo debía cumplir ordenes (sic) y si su respuesta es afirmativa, por parte de quién **CONTESTO** si cumplía ordenes (sic), el estaba un grupo de ginecólogos que contrataron que hacían las mismas funciones que hacíamos los de planta, pero con un contrato diferente, pero las programaciones eran iguales.» (fol. 499 cuaderno principal).

**Del caso concreto**

Al analizar el presente asunto en primer lugar advierte la Sala que no obra prueba en el expediente de los contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor SAUL JOSE SANCHEZ MESA y la E.S.E. Francisco de Paula Santander, que acrediten su vinculación entre el **23 de junio de 2005 y el 30 de febrero de 2007** en el cargo de médico ginecólogo.

Ahora bien, los testimonios de los señores Antonio José Gómez Serrano, Ana Sofía Morales Gandur y Pedro Ignacio Silva Pérez evidencian que el actor efectivamente laboró para la accionada a través de contratos de prestación de servicios y que en el cumplimiento de la labor asignada en calidad de médico ginecólogo, adelantó todo el esfuerzo personal que la misma requería, situación que permite, en principio, corroborar la presencia del elemento **prestación personal del servicio,** sin embargo en esas declaraciones no se señala de manera clara y precisa el periodo en el cual desempeñó dicha actividad.

Respecto de la **remuneración o contraprestación económica** por la labor personal que realizó al servicio de la demandada, tampoco obra constancia de pago a favor del demandante por concepto de honorarios y en los testimonios relacionados, no se hizo referencia a este aspecto.

En cuanto al elemento **subordinación y dependencia,** a pesar de que los testigos coincidieron en señalar que el demandante cumplía un horario de trabajo y debía acatar órdenes, dichas afirmaciones no coinciden en cuanto a quiénes ejercían como superiores y cómo llevaba a cabo la agenda que se debía cumplir, sumado a que los testigos se encuentran en igual situación que el demandante pues tanto Antonio José Gómez, como Ana Sofía Morales Gandur y Pedro Ignacio Silva Pérez iniciaron acciones judiciales en contra de la demandada con ocasión de los contratos de servicios y de las órdenes de prestación de servicios por ellos ejecutadas.

Con lo anterior la Salaecha de menos la prueba idónea de la que fehacientemente se pueda inferir que el actor no tenía la posibilidad de actuar con independencia, es decir, que laboraba de manera subordinada porque debía cumplir la intensidad horaria al igual que los demás funcionarios de planta o que tenía que solicitar permiso para ausentarse del lugar de trabajo, así como tampoco, obran en el expediente llamados de atención, reglamentos, informes, órdenes o instrucciones; es decir, no existe evidencia de que el demandante debía cumplir la prestación del servicio en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que le eran fijadas de antemano por la ESE Francisco de Paula Santander y de las cuales se derivara la obligación para el demandante de acatar órdenes de sus superiores jerárquicos, rendir informes, desempeñar funciones idénticas a las asignadas a los médicos ginecólogos de planta; elementos todos que denoten el carácter subordinado con el cual adelantaba su trabajo.

En este punto se hace necesario destacar que cuando una controversia debe ser dirimida por el juez competente, a éste le corresponderá definirla a partir del análisis que realice del acervo probatorio que está en la obligación de adelantar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica que debe confrontarlo, además, permitir que las partes las lo contradigan y, si es del caso, lo desvirtúen, y ponderarlo en su conjunto a la luz de su saber técnico específico y de su experiencia.

Por todo lo anterior, es evidente la falta de actividad probatoria de la parte demandante de quien, como se dijo, dependía exclusivamente dicha carga según el aforismo «*onus probandi incumbit actori»*, dirigida en este caso a desvirtuar: (i) la naturaleza contractual de la relación establecida, con la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos de la relación laboral, en especial la subordinación o dependencia del cual claramente se pudiera inferir que el desarrollo de la actividad encomendada se tuvo que desplegar conforme a los parámetros, órdenes y horarios señalados por la ESE Francisco de Paula Santander; y (ii) los extremos temporales respecto de los cuales predicaba la existencia de un contrato realidad, pues sólo de esta manera era viable acceder a las pretensiones formuladas, por lo que se impone para la Sala confirmar la sentencia apelada en cuanto el *a quo* negó el *petitum* de la demanda, por las razones expuestas.

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

**F A L L A**

**CONFÍRMESE** la sentencia de 29 de enero de 2015 proferida por la Sala de Asuntos Laborales, Subsección de Descongestión del Tribunal Administrativo de Santander en el proceso iniciado por el señor SAÚL JOSÉ SÁNCHEZ MESA contra la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**Relatoría:** JORM/Lmr.

1. Fol. 2 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-1)
2. Fol. 2 cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-2)
3. Fols. 4 y s.s. cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-3)
4. Fols. 5 y s.s. cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-4)
5. Vinculado como sucesor procesal de la extinta ESE Francisco de Paula Santander mediante auto de 16 de julio de 2010. (fols.285 a 287 cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-5)
6. En su calidad de vinculado como sucesor procesal de la extinta ESE Francisco de Paula Santander mediante auto de 16 de julio de 2010. (Fols.285 a 287 cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-6)
7. Vinculado como sucesor procesal de la extinta ESE Francisco de Paula Santander mediante auto de 26 de enero de 2011 (Fols. 358 a 360 Cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-7)
8. Vinculada como sucesora procesal de la extinta ESE Francisco de Paula Santander a través de auto de 26 de enero de 2011 (Fols. 358 a 360 Cuaderno 1). [↑](#footnote-ref-8)
9. Fols. 734 a 743 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-9)
10. Corte Constitucional. Sentencia C-154 de 1997. Magistrado ponente Dr. Hernando Herrera Vergara. [↑](#footnote-ref-10)
11. Entre otras, sentencia de 23 de junio de 2005 proferida en el expediente No. 245 con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2003. Expediente IJ-0039. Consejero ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. [↑](#footnote-ref-12)
13. Consejo de Estado. Sección Segunda - Subsección A. Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente 2776-05. Consejero ponente Dr. Jaime Moreno García; Sentencia de 17 de abril de 2008. Expediente 1694-07. Consejero ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-13)
14. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 6 de marzo de 2008. Expediente 2152-06. Consejero ponente Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 9 de abril de 2014. Expediente No. 131-13. Consejero ponente Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.

 [↑](#footnote-ref-15)
16. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Expediente No. 3074-2005. Consejera ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. [↑](#footnote-ref-16)
17. Fols. 47 y s.s. cuaderno 1. [↑](#footnote-ref-17)