**CONTRATO REALIDAD – Principio – Primacía de la realidad sobre las formas**

Esta Corporación ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

**CONTRATO REALIDAD – Elementos – Acreditación**

Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además de las exigencias legales citadas, 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.

**CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS – Empresas Sociales del Estado – Procedencia**

Es claro que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii) cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.

**CONTRATO REALIDAD – Enfermeras – Relación laboral**

Se encuentra que durante toda su vinculación como contratista con la entidad, la demandante realizó funciones similares a las demás enfermeras, pues el hecho de guardar reserva sobre historias clínicas y asuntos relacionados con su actividad, la aplicación de procedimientos científicos, protocolos y demás, son inherentes a la profesión que ejercen; y el cumplimiento de turnos evidencian no sólo la relación de coordinación entre las partes, sino una subordinación respecto de la Institución. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional, sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la prestación del servicio por un periodo superior a seis años, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a las de las enfermeras de planta.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION SEGUNDA**

**SUBSECCION “A”**

**Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 81001-23-33-000-2013-00059-01(3801-14)**

**Actor: LUZ MARIA MONTERREY MEDINA**

**Demandado: ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE ARAUCA**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 9 de abril de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del proceso instaurado contra la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca.

**ANTECEDENTES**

En ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, la parte actora por intermedio de apoderado solicita la nulidad del Oficio de 22 de enero de 2013 suscrito por la Asesora Jurídica de la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca, por medio del cual negó el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria y el pago de las prestaciones sociales derivadas de ella.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales tales como la bonificación por servicios, la prima de servicios, las vacaciones, la prima de vacaciones, la prima de recreación y la prima de navidad, y que se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando, a partir del 7 de octubre de 2012, fecha en la cual fue desvinculada de la institución.

Por último solicita que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176 y siguientes del C.C.A.

Expuso como hechos de la demanda, que se vinculó al Hospital de Arauca en el cargo de Auxiliar de Enfermería mediante sendos contratos de prestación de servicios, dentro del periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2005 al 7 de octubre de 2012.

Adujo que prestó sus servicios bajo la subordinación de la entidad hospitalaria, recibió la correspondiente remuneración mensual y cumplió un horario de trabajo, sin percibir en manera alguna el pago de prestaciones sociales contempladas en la legislación laboral.

Como normas vulneradas citó los artículos 2, 6, 13, 25, 29 y 125 de la Constitución Política; y Ley 1437 de 2011.

**CONTESTACIÒN DE LA DEMANDA**

La E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca a través de su apoderada judicial, presentó escrito de contestación a la demanda, señalando que no es posible presumir la existencia de una relación laboral por el solo hecho de la prestación del servicio, ya que para el caso de la actora la subordinación no existió como quiera que jamás recibió una orden directa. Además, el ente hospitalario puede demostrar la inexistencia de tal requisito con los informes de actividades, prueba que acredita la ausencia de subordinación laboral.

Adujo que no es procedente desdibujar el contrato de prestación de servicio con el argumento de una supuesta subordinación, pues de la lectura de los contratos se infiere claramente cuáles eran las obligaciones de las partes, de las cuales no se puede presumir la existencia de una relación laboral.

Señaló la posibilidad de que el horario de trabajo de la parte accionante coincidiera con el horario normal de trabajo de los funcionarios de planta, ya que las obligaciones pactadas en el contrato de prestación de servicios necesariamente debían hacerse en horarios similares.

Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y pago de lo no debido.

**LA SENTENCIA APELADA**

El Tribunal Administrativo de Arauca mediante sentencia del 9 de abril de 2014 accedió parcialmente a la súplicas de la demanda, por lo cual condenó al Hospital San Vicente de Arauca a pagar en favor de la actora, el valor correspondiente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados de planta, durante el periodo comprendido entre el 4 de enero de 2010 y el 7 de octubre de 2012, excepto las temporadas en las que hubo interrupción; de igual manera ordenó el pago del 71.93% “*de lo que demuestre esta última que pagó por aportes a pensión y salud en cada uno de los periodos contratados, teniendo como base máxima el 40% de los honorarios durante los plazos de ejecución de cada uno de los contratos suscritos en la temporada contractual del 4 de enero de 2010 hasta el 7 de octubre de 2012”.*

Declaró que hubo solución de continuidad para los periodos comprendidos entre el 31 de agosto de 2005 y el 1 de octubre de 2005; entre el 31 de octubre de 2005 y el 1º de junio de 2006; entre el 31 de diciembre de 2006 y el 1 de febrero de 2007; entre el 17 de julio de 2007 y el 1 de septiembre de 2007, entre el 17 de julio de 2007 y el 1 de septiembre de 2007, entre el 30 de abril de 2008 y el 6 de junio de 2008; entre el 31 de agosto de 2008 y el 1 de octubre de 2008; entre el 31 de marzo de 2009 y el 4 de mayo de 2009; entre el 31 de mayo de 2009 y el 16 de septiembre de 2009; entre el 30 de noviembre de 2009 y el 4 de enero de 2010; entre el 30 de abril de 2010 y el 1 de junio de 2010; entre el 28 de febrero de 2011 y el 11 de julio de 2011; entre el 31 de julio de 2011 y el 1 de septiembre de 2011; entre el 31 de diciembre de 2012 y el 1 de febrero de 2012 y entre el 30 de junio de 2012 y el 1 de octubre de 2012.

Declaró igualmente de oficio la prescripción trianual de los derechos reconocidos en las temporadas contractuales trascurridas por los meses de agosto de 2005 (Contrato 2-0719), octubre de 2005 (Contrato 2-1045), de 1º de junio de 2006 y 31 de diciembre de 2006 (Contratos 2-0793, 2-0965, 2-1082, 0-1172, 2-1404), 1 de febrero de 2007 a 17 de julio de 2007 (Contratos 2-0315, 2-0455, 2-0535, 2-0727, 2-0902, 2-0999; del 01 de septiembre de 2007 a 30 de abril de 2008 ( Contratos 2-1309, 2-1392, 2-0179, 2-0320, 2-0588, 2-0777; de 6 de junio de 2008 a 31 de agosto de 2008 (Contratos 2-1162, 2-0636, 2-1383, 2-1587), del 1 de octubre de 2008 a 31 de marzo de 2009 (Contratos 2-2064, 2-2223, 2-2530, 2-0121, 2-0335, 2-0463; mayo de 2009 (Contrato 2-0813) y la temporada comprendida entre el 16 de septiembre de 2009 y el 30 de noviembre de 2009 ( Contratos 2-1982, 2-2156, 2-2318). Condenó en costas a la entidad demandada.

Con base en el test esbozado por la Corte Constitucional en sentencia C-614 de 2009, señaló que la demandante realizó funciones que no son ajenas al hospital sino que por el contrario, son imposibles de eludir, ya que hacen parte de la esencia de la entidad en su calidad de auxiliar de enfermería, cargo dirigido directamente a la prestación del servicio de salud propio de la institución hospitalaria.

Encontró acreditada la subordinación bajo el criterio de igualdad y habitualidad, ya que respecto del primero, se acreditó que desarrollaba en su calidad de auxiliar de enfermería funciones que son del resorte ordinario de entidad y, en cuanto a la habitualidad, indicó con base en la prueba testimonial aportada, que se le daba el mismo trato de una trabajadora de la planta de la entidad, en cuanto debía permanecer en las instalaciones del hospital y subordinada a un jefe inmediato.

**EL RECURSO**

La entidad accionada solicitó la revocatoria de la sentencia del Tribunal y en su lugar se denieguen las pretensiones de la demanda (fls.501-505), con fundamento en los siguientes argumentos:

No existe mérito para que se declare la nulidad del acto acusado, por cuanto el actuar de la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca estuvo sujeto a los mandatos de la ley 80 de 1993 y al manual de contratación que rige en dicha entidad, más aun cuando no se dieron los hechos jurídicos necesarios para ello como era la existencia de un acto administrativo de nombramiento y tampoco se acreditaron los tres elementos que configuran una verdadera relación laboral.

La motivación para que se llevara a cabo la contratación de la actora no fue otra que la carencia de personal en la planta estructurada, por lo que de no ocurrir, haría insuficiente la atención a la comunidad.

Dentro del examen contractual no se observan vicios del consentimiento que pudiesen en un momento dado originar una nulidad respecto de los mismos o que de ellos operen un tipo de contrato diferente al de prestación de servicios.

**CONSIDERACIONES**

De conformidad con los argumentos expuestos por la entidad accionada, le corresponde a la Sala determinar si lo que hubo entre la actora y la Empresa Social del Estado Hospital San Vicente de Arauca fue un contrato de prestación de servicios en aplicación de lo regulado por el ordenamiento contractual estatal[[1]](#footnote-1), o si a través de esta relación contractual se encubrió una verdadera relación laboral.

La Sala a fin de desatar el recurso de alzada analizará: i) El principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas; ii) El Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado; y iii) Caso concreto.

i) Principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas.

Esta Corporación ha sido constante en la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma y la eficacia del contrato realidad al resolver controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

Se ha señalado que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla.

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo la figura de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Ahora bien, para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que la actora pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe acreditar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Además de las exigencias legales citadas, 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. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

1. Régimen laboral de las Empresas Sociales del Estado

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 “*Por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”,* establece que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su parágrafo que “*son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones*”. Así mismo, es preciso destacar que la Ley 1122 de 2007 “*por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”* en su artículo 27, introdujo algunas modificaciones a la regulación de las ESE.

Ahora bien, respecto a la potestad de las Empresas Sociales del Estado para contratar la prestación de servicios por fuera de la planta de personal de la entidad, en Sentencia C-171 de 2012, la Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad, que se puedan desarrollar con personal de planta o que no requieran de conocimientos especializados, principios que constituyen el marco constitucional para la celebración de contratos de prestación de servicios por estas entidades[[2]](#footnote-2)

De acuerdo con lo jurisprudencia citada, es claro que la potestad de contratación otorgada a las Empresas Sociales del Estado para prestar servicios de salud, solo podrá llevarse a cabo siempre y cuando (i) no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, (ii) cuando estas funciones no puedan realizarse con personal de planta de la entidad o (iii) cuando se requieran conocimientos especializados, toda vez que para prestar los servicios inherentes a su responsabilidad, las Empresas Sociales del Estado deben contar con una planta de personal propia, idónea, adecuada y suficiente que les permita atender y desarrollar sus funciones.

**iii) Caso Concreto.**

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la señora Luz María Monterrey Medina laboró como Auxiliar del Área de la Salud al servicio de la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca, en los siguientes periodos (fls. 35-37 cdno. 2):

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| N° CONTRATO | PLAZO | | | | VALOR |
| 2-0719 | 01 al 30 de Agosto de 2005. | | | | $989.872,00 |
| 2-1045 | 01 al 31 de Octubre de 2005. | | | | $989.872,00 |
| 2-0793 | 01 al 30 de Junio de 2006. | | | | $1.054.214,00 |
| 2-0965 | 01 al 31 de Julio de 2006. | | | | $1.054.214,00 |
| 2-1082 | 01 al 31 de Agosto de 2006. | | | | $1.054.214,00 |
| 2-1176 | 01 al 30 de Septiembre de 2006. | | | | $1.054.214,00 |
| 2-1404 | 01 de Octubre al 31 de Diciembre de 2006. | | | | S3.165.642,00 |
| 2-0315 | 01 al 28 de Febrero de 2007 | | | | $1.054 214 .00 |
| 2-0455 | 01 al 31 de Marzo de 2007. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-0535 | 01 al 30 de Abril de 2007. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-0727 | 01 al 31 de Mayo de 2007. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-0902 | 01 al 30 de Junio de 2007. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-0999 | 01 al 17 de Julio de 2007. | | | | $615.309,oo |
| 2-1309 | 01 al 30 de Septiembre de 2007. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-1392 | 01 de Octubre al 31 de Diciembre de 2007. | | | | $3.257.520,00 |
| 2-0179 | 02 al 31 de Enero de 2008. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-0320 | 01 al 28 de Febrero de 2008. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-0588 | 01 al 31 de Marzo de 2008. | | | | $1.085.840,00 |
| 2-0777. | 01 al 30 de Abril de 2008. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-1162 | 06 al 30 de Junio de 2008. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-0636 Resolución |  | | | |  |
| Reconoce y ordena pago | 01 al 10 de Julio de 2008. | | | | $372.803,00 |
| 2 1383 | 17 al 31 de Julio de 2008. | | | | $745.607,00 |
| 2-1587 | 01 al 31 de Agosto de 2008. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-2064 | 01 al 31 Octubre de 2008. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-2223 | 01 al 30 de Noviembre de 2008. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-2.530 | 01 al 31 de Diciembre de 2008. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-0121 | 02 al 31 de Enero de 2009. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-0335 | 02 al 28 de Febrero de 2009. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-0463 | 02 al 31 de Marzo de 2009. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-0812 | 04 al 31 de Mayo de 2009. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-1982 | 16 al 30 de Septiembre de 2009. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-2156 | 01 al 31 de Octubre de 2009. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-2318 | 03 al 30 de Noviembre de 2009. | | | | $1.118.410,00 |
| 2-0139. | 04 al 31 de Enero de 2010. | | | | $1.420.875,00 |
| 2-0328 | 01 al 28 de Febrero de 2010. | | | | $1.420.875,00 |
| 2-0582 | 01 al 30 de Marzo de 2010. | | | | $1.420.875,00 |
| 2-0801 - | 01 al 30 de Abril de 2010. | | | | $1.420.875,00 |
| 2-0511 Resolución  *y*  reconoce y ordena pago | 01 al 30 de Junio de 2010. | |  | | $1.420.875,00 |
| 2-1700 | 01 al 31 de Julio de 2010. | |  | | $1.420.875,00 |
| 2-0963 Resolución reconoce y ordena pago | 15 de Agosto al 31 de Octubre de 2010. | |  | | $2.131.312,00 |
| 2-3315 | 11 al 30 de Noviembre de 2010. | | | | 2.131.312,00 |
| 2-3665 | 06 al 31 de Diciembre de 2010. | | | | $1.420.875,00 |
| 2-0234 | 03 al 31 de Enero de 2011. | | | | $1.420.875,00 |
| 2-0613 | 01 al 28 de Febrero de 2011. | | | | $1.534.545,00 |
| 2-1321 | 01 al 15 de Abril de 2011. | | | | $738.855.00 |
| 2-0555 Resolución reconoce y ordena pago | 01 al 31 de Mayo de 2011. | | | | $1.477.710,00 |
| 2-1907 | 11 al 31 de Julio de 2011. | | | | $1.477.700,00 |
| 2-2526 | 01 al 30 de Septiembre de 2011. | | | | $1.477.700,00 |
| 2-2822 | 01 al 31 de Octubre de 2011. | | | | $1.477.700,00 |
| 2-3025 | 01 de Noviembre al 31 de Diciembre de 2011. | | | | $2.955.400,00 |
| *l* 2-0512 | 01 de Febrero al 31 de Marzo de 2012. | | | | $2.955.400,00 |
| 2-0847 | 02 de Abril al 31 de Mayo de 2012. | $2.955.400,00 | | | |
| 2-1144 | 01 al 30 de Junio de 2012. | | |  | $1.477.700,00 |
| 2-1520 | 01 al 07 de Octubre de 2012. | | | | $344.797,00 |

Dentro de las funciones asignadas en los Contratos de prestación de servicios se encontraban las de: a) informar oportunamente sobre situaciones de emergencia y riesgo que observe en los pacientes, familia, comunidad y medio ambiente; b) asistir a las reuniones y cursos de actualización programados por el Hospital y/o departamento de enfermería; c) realizar acciones educativas sobre aspectos básicos de salud y promoción del medio ambiente; d) colaborar en la identificación de individuos y grupos de población expuestos a riesgo de enfermedad, e) preparar y mantener estéril el material, equipos y elementos de trabajo a su cargo; f) colaborar con el medico en la realización de la consulta; g) realizar la pre consulta de especialidades ( entrevista, signos vitales y talla); h) revisar las historias clínicas de los pacientes citados y verificar que contengan exámenes de laboratorio y RX completos; i) hospitalizar a los pacientes que lo requieran según ordenes médicas teniendo en cuenta las normas de cada servicio, j) brindar atención de enfermería a sus pacientes según ordenes médicas, teniendo en cuenta las normas de cada servicio; k) rotular las muestras tomadas a los pacientes y entregarlas al laboratorio y/o patología según las normas establecidas; l) prestar primeros auxilios en caso de accidentes; m) informar a los pacientes y comunidad sobre existencias y utilización de servicios de salud; n) orientar a los pacientes y la familia en el Hospital y ayudarle en la consecución de citas médicas, de laboratorio, de RX y de aplicación de tratamientos; o) solicitar oportunamente a estadísticas las historias clínicas de los pacientes; p) entregar a estadísticas diariamente las historias clínicas después de las consultas médicas o de enfermera; q) diligenciar diariamente los registros estadísticos pertinentes a su trabajo; r) informar oportunamente sobre las necesidades o faltantes de equipos y elementos de trabajo; t) facturar en el sistema del Hospital los servicios objeto del Contrato; y u) salvaguardar los bienes del Hospital que utilice en cumplimiento del objeto del Contrato.

Dentro de la audiencia de pruebas, obran los testimonios de las señoras Natividad Ortiz Mantilla y Lourdes Eulalia Garrido, quienes son auxiliares de enfermería del Hospital y ex compañeras de trabajo de la demandante, quienes manifestaron que la labor desarrollada por ella se llevaba a cabo bajo las órdenes del Jefe de Departamento de Enfermería, que laboraba por turnos de lunes a viernes de 7:00 am a 7:00 pm y algunos sábados, los cuales debían sumar a fin de mes 192 horas y, en general, precisaron que cumplía los protocolos de manejo del servicio en igualdad de condiciones que los demás enfermeras de planta de la institución.

Así entonces, se encuentra que durante toda su vinculación como contratista con la entidad, la demandante realizó funciones similares a las demás enfermeras, pues el hecho de guardar reserva sobre historias clínicas y asuntos relacionados con su actividad, la aplicación de procedimientos científicos, protocolos y demás, son inherentes a la profesión que ejercen; y el cumplimiento de turnos evidencian no sólo la relación de coordinación entre las partes, sino una subordinación respecto de la Institución.

No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional, sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la prestación del servicio por un periodo superior a **seis años**, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del contrato de prestación de servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a las de las enfermeras de planta.

En ese orden, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones, la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a la normatividad vigente, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

Lo anteriormente expuesto permite inferir que se configuraron los elementos de una relación de trabajo entre la accionante y la E.S.E. Hospital San Vicente de Arauca, pese a que su vinculación se efectuó bajo la figura del contrato de prestación de servicios.

Por último, es preciso señalar que pese a haberse demostrado el ocultamiento de relación laboral durante todo el tiempo, no se hace pronunciamiento alguno frente a la prescripción decretada por el a-quo, por cuanto la parte afectada con ello no recurrió la providencia, en virtud de la no reformatio in pejus.

**De la condena en costas**

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016[[3]](#footnote-3), respecto de la condena en costas en vigencia del CPACA, concluyó que la legislación varió del Código Contencioso Administrativo al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la regulación de la condena en costas, de un criterio “subjetivo” a uno “objetivo valorativo”.

*Objetivo*, en cuanto prescribe que en toda sentencia se “dispondrá” sobre la condena en costas, bien sea total o parcial o con abstención, según las reglas del CGP; y *valorativo*, en cuanto se requiere que el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación (como sucede con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad profesional realizada dentro del proceso), sin que en esa valoración se incluya la mala fe o temeridad de las partes.

Así mismo, se definió que la cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de las partes, pues varía según sea la parte vencida el empleador o el trabajador (Acuerdo 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura), la complejidad e intensidad de la participación procesal; que las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas; que la liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho) la hará el juez de primera o única instancia y que procede condenar en costas tanto en primera como en segunda instancia.

Conforme a las anteriores reglas, se condenará en costas a la parte demandada, atendiendo la actuación desplegada por el apoderado de la actora durante el trascurso de la segunda instancia (presentó alegatos de conclusión). Ello de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 365 del CGP que establece: “*En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda”.*

Las costas serán liquidadas por el Tribunal Administrativo de Arauca.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

**F A L L A:**

**CONFÍRMASE** la sentencia proferida el nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del proceso promovido por LUZ MARINA MONTERREY contra la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca.

**CONDÉNASE** en costas a la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca, las cuales se liquidarán por el Tribunal Administrativo de Arauca.

Cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen y cúmplase.

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

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

1. Ley 80 de 1993 Artículo 32. De los Contratos Estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación [↑](#footnote-ref-1)
2. En sentencia C-171-12 La Corte Constitucional reiteró los límites constitucionales trazados sobre la protección de las relaciones laborales y la prohibición de que se contraten mediante prestación de servicios funciones permanentes o propias de la entidad en los siguientes términos: “…

   (iii) El Legislador cuenta con un amplio margen de configuración para la regulación de la prestación del servicio de salud y para la estructuración de las Empresas Sociales del Estado destinadas a dicha finalidad, lo cual incluye el tema de la contratación por parte de estas entidades. No obstante lo anterior, dicha amplitud de configuración normativa encuentra claros límites en los principios, valores y derechos constitucionales, de manera que no puede desconocer ni vulnerar las normas sobre el derecho al trabajo, la protección a la vinculación laboral con el Estado, la protección de los servidores públicos, ni los límites constitucionales y legales, y de la jurisprudencia de esta Corte, a la contratación por parte de las entidades del Estado.

   (iv) De la protección constitucional del derecho al trabajo y del vínculo laboral con las entidades del Estado se deriva una regla general relativa al acceso a la función pública mediante la ocupación de un cargo o empleo que constituya una relación laboral. De esta manera, el contrato de prestación de servicios debe ser excepcional, como modalidad de trabajo con el Estado que solo se justifica constitucionalmente si es concebido como un instrumento temporal y excepcional, para atender funciones ocasionales y no funciones permanentes o propias de la entidad, o que siendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados.

   (v) El respeto de estas reglas constitucionales constituyen criterios imperativos que limitan no solo al Legislador en su labor de regulación legal de la materia, sino también a las autoridades administrativas en relación con la vinculación, permanencia y retiro del servicio público de conformidad con la Constitución.

   (vii) La jurisprudencia de esta Corte ha insistido en la garantía del principio de prevalencia de la realidad sustancial sobre la forma al momento de determinar el tipo de contrato realmente existente, de conformidad con el artículo 53 Superior. En consecuencia, si se llegan a constatar los elementos materiales para que exista una relación de trabajo, se debe determinar y declarar el vínculo laboral independientemente del nombre o forma que las partes le hayan otorgado al contrato.

   (viii) En cuanto a los límites fijados a la contratación estatal en pro de la defensa del derecho al trabajo, de los derechos de los servidores públicos y de los principios que informan la administración pública, la jurisprudencia constitucional ha establecido que los contratos de prestación de servicios son válidos constitucionalmente, siempre y cuando (a) no se trate de funciones propias y permanentes de la entidad; (b) no puedan ser realizadas por el personal de planta, y que (c) requieran de conocimientos especializados.

   (ix) Respecto de la determinación de lo que constituye función permanente en una entidad, la Corte ha fijado para su reconocimiento los criterios (a) funcional, (b) temporal o de habitualidad, (c) de excepcionalidad, y (d) de continuidad.

   (x) La jurisprudencia ha insistido en la regla según la cual, para el ejercicio de funciones de carácter permanente en la administración pública, no pueden celebrarse contratos de prestación de servicios, porque para ese efecto deben crearse los empleos requeridos. Por tanto, la Sala reitera la prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución.

   (xi) La prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones permanentes en la administración, tiene como finalidad, la protección del derecho al trabajo, la garantía de los derechos de los trabajadores y de los servidores públicos, y el impedir que los nominadores desconozcan los principios que rigen la función pública. En armonía con lo anterior, la regla general es 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.

   (xii) En armonía con lo expuesto, la Corte ha reiterado la inconstitucionalidad de todos los procesos de deslaboralización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que puedan utilizar figuras legalmente válidas, como el contrato de prestación de servicios, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual o falsear la verdadera relación de trabajo (…)” [↑](#footnote-ref-2)
3. Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez. [↑](#footnote-ref-3)