



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA
SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: Carmelo Perdomo Cuéter

Bogotá, D. C., catorce (14) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

Acción : Nulidad y restablecimiento del derecho
Expediente : 68001-23 31 000 2010 00056 01 (2543-2014)
Demandante : **Martín Alberto Gómez Rueda**
Demandado : Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) de la
Empresa Social del Estado Francisco de Paula
Santander, representado por la Fiduciaria Popular S. A.
(Fidupopular S. A)
Tema : Contrato realidad

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el ente demandado contra la sentencia de 20 de febrero de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en descongestión, que accedió a las pretensiones de la demanda del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 Acción (ff. 2-10). El señor Martín Alberto Gómez Rueda, por conducto de apoderado, ocurre ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo a incoar acción de nulidad y restablecimiento del derecho, conforme al artículo 85 del Código Contencioso Administrativo (CCA), contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander para que se acojan las pretensiones que en el apartado siguiente se precisan.

1.1.1 Pretensiones.1) Que se declare la nulidad del oficio LIQ 14863 de 17 de septiembre de 2009, de la apoderada general del Consorcio Liquidación Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, en el que se le niega



al actor el reconocimiento de una relación legal y reglamentaria entre este y la entidad demandada, en lugar de un contrato de prestación de servicios, conforme a las funciones que desempeñó como médico especialista en oftalmología, que eran similares a las de un empleado de planta de la entidad, y en tal virtud se le liquide y pague sus prestaciones sociales, según lo dispone el artículo 18 del Decreto 1750 de 26 de junio 2003, tales como vacaciones, prima de vacaciones, prima de Navidad, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, bonificación por servicios prestados, prima técnica e indemnización por terminación del vínculo laboral sin justa causa, por haber prestado servicios desde el 1.º de julio de 2003 hasta el 30 de marzo de 2008. Igualmente, la indemnización moratoria de que trata la Ley 244 de 1995, de un día de salario por cada uno de retardo en el pago de las cesantías.

2) Que se declare la existencia de una relación de carácter laboral entre el demandante y la entidad accionada durante el período comprendido entre el 1.º de julio de 2003 y el 14 de marzo de 2008, cuando prestó sus servicios bajo contratos de prestación de servicios en el cargo de médico especialista, la cual fue de carácter legal y reglamentaria y no un contrato administrativo de prestación de servicios personales (Ley 80 de 1993), en aplicación del principio constitucional de «primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales», ya que con la mencionada modalidad se pretendió esconder una verdadera relación laboral, en detrimento de sus derechos.

3) Como consecuencia de la anterior declaración, se condene al ente accionado a las sumas y valores correspondientes a un tiempo de servicios de 4 años, 8 meses y 14 días, con base en que la última remuneración del accionante fue de \$4.000.000, así:

1. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO UNILATERAL Y SIN JUSTA CAUSA.



La suma de TRECE MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$13.333.333.00).

2. CESANTIAS DEFINITIVAS

La suma de VEINTE MILLONES DOSCIENTOS VEINTIDOS MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS CON 66/100S M/CTE (\$20.222.220.66)

3. PRIMAS DE VACACIONES

La suma de SIETE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CIENTO VEINTE PESOS M/CTE (\$7.794.120.00)

4.VACACIONES

La suma de NUEVE MILLONES CIENTO TRECE MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL PESOS M/CTE (\$9.113.195.00)

5. PRIMA DE NAVIDAD

La suma de DIECISEIS MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE (\$16.571.450.00)

6. PRIMA TECNICA

La suma de VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS PESOS M/CTE. (\$22.400.000.00)

7. BONIFICACION POR SERVICIOS PRESTADOS

La suma de SIETE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$7.000.000.00)

8. INDEMNIZACION MORATORIA

La suma de de SETENTA Y CINCO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE. (\$75.999.999.00) a razón de (\$133.333.33) diarios por cada día de retardo en el pago de las cesantías contados a partir del 01 de junio de 2008 y a 31 de Diciembre de 2009.

9. INDEXACION

Condénese al pago de la indexación conforme al I. P. C. y en relación con valores causados a partir de la fecha de su causación.

10. COSTAS PROCESALES.

Condénese a la parte demandada a reconocer y pagar las agencias en derecho que corresponde y las costas procesales por el trámite de la presente demanda (sic para todo el texto).

4) Se dé cumplimiento a la sentencia, de acuerdo con los artículos 176, 177 y 178 del CCA, junto con los intereses moratorios.



1.1.2 Fundamentos fácticos. Relata el actor que, en su condición de médico especialista en cirugía plástica, se vinculó, a través de contrato de prestación de servicios, a la ESE Francisco de Paula Santander, hoy en liquidación, Unidad Hospitalaria Los Comuneros, de Bucaramanga, desde el 1.º de julio de 2003, cuando el Instituto de Seguros Sociales cedió los contratos a la entidad demandada por orden del Decreto Ley 1750 de 25 de junio de 2003. Dicho contrato fue «continuación del que venía suscrito con el ISS, antes de la escisión de la entidad el cual se fue prorrogando en el tiempo toda vez que al vencimiento de cada contrato se producía la firma o suscripción del siguiente; y para el cumplimiento de la labor encomendada se le asignaron funciones públicas de carácter permanente siendo ejecutadas por mi representado de manera personal, atendiendo las instrucciones de los jefes inmediatos y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por la institución para los funcionarios de planta, con la observancia de los deberes y obligaciones propias de MEDICO ESPECIALISTA - CIRUGIA PLASTICA (sic)».

Expone que en su sitio de trabajo había un supervisor que actuaba como jefe inmediato, toda vez que era quien le firmaba las certificaciones y elaboraba la programación de horario y actividades por cumplir y al que se le debía subordinación que impedía la conservación y desarrollo de la independencia y autonomía e iniciativa en las actividades encomendadas como lo prevé la Ley 80 de 1993, en su artículo 32, que es contrario a lo que la Administración pregona en el oficio LIQ- 14863 de 17 de septiembre de 2009: «... celebró contratos de prestación de servicios de carácter civil con la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, bajo los parámetros establecidos en la Ley 80 de 1993 y nunca existió relación laboral entre usted y la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER EN LIQUIDACION, teniendo en cuenta que en ningún caso los contratos de prestación de servicios generales relaciones laborales, los mismos se realizan por no tener la ESE personal suficiente que realice esas labores o requieran personal especializado, es decir que la



actividad que realizaba era como contratista independiente» [sic para toda la cita].

Por último, manifiesta que la vinculación que existía con contratos de prestación de servicios, desde el 1.º de julio de 2003, se interrumpió a partir del 30 de julio de 2008, cuando sin existir causal de terminación o justa causa la gerencia de la ESE Francisco de Paula Santander no lo volvió a contratar.

1.1.3 Disposiciones presuntamente violadas y su concepto. Cita como normas violadas por el acto administrativo acusado las siguientes: los artículos 1, 2, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; Leyes 80 y 100 de 1993; 2, Ley 244 de 1995; 25 y 40, Decreto 1045 de 1978; 25 y 58, Decreto 1042 de 1978; 58, 8, Decreto 3135 de 1968; y 137, Decreto 1572 de 1998.

El concepto de la violación radica, en síntesis, en que durante el tiempo que el actor estuvo vinculado a la entidad accionada, mediante contratos de prestación de servicios, realizó sus actividades al igual que los servidores de planta (empleados públicos), puesto que prestó sus servicios de manera personal por unos honorarios, bajo la permanente y continuada subordinación del jefe del área, que daba órdenes e instrucciones, y con el cumplimiento estricto del horario, sin independencia y autonomía.

Por ello, alega que le desconocieron su derecho a vacaciones, cesantías y demás prestaciones sociales, así como el derecho a ser afiliado por parte del empleador al sistema de seguridad social, conforme lo establece la Ley 100 de 1993. De ahí que se debe tener en cuenta el principio consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de la «primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales».



1.2 Contestación de la demanda (ff. 44-53). El ente demandado, representado por la Fiduciaria Popular S. A. (Fidupopular S. A.), sociedad que actúa en calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE Francisco de Paula Santander en liquidación (hoy liquidada), se opone a las pretensiones y estima, en breve, que las necesidades administrativas, materia de contratación, no son solo las que de manera excepcional ejecuta la entidad, sino también las que realiza todos los días dentro de sus actividades, pues ha de entenderse que la expresión para desarrollar actividades relacionadas con la «administración o funcionamiento de la entidad» comprende, sin distinción alguna, todas las actividades que para satisfacer las finalidades de interés público deba desplegar el ente público, vale decir «permanentes» o normales y las excepcionales. En este sentido, esta norma se opone a la restricción —y la modifica— que establece el artículo 2 del Decreto 2400 de 1968, en concordancia con el 7 del Decreto 1950 de 1973, que prohíbe la celebración de contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, y establece para este evento la obligación de crear los empleos correspondientes.

Propone las excepciones de caducidad, prescripción, cumplimiento exclusivo de lo dispuesto en el contrato de fiducia mercantil 62 de 2009, no haberse extendido la convención colectiva de trabajo del Instituto de Seguros Sociales a los servidores de la ESE Francisco de Paula Santander, pago y genérica.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Santander en descongestión, en sentencia de 20 de febrero de 2014, accedió a las súplicas de la demanda porque declaró la nulidad del acto administrativo acusado y reconoció, con base en el principio de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política), que existió una relación laboral disfrazada de un contrato de prestación de servicios en el período comprendido entre el 1.º de julio de 2003 y el 14 de



marzo de 2008; en consecuencia, a título de restablecimiento del derecho, el ente demandado, representado por la Fiduciaria Popular S. A. (Fidupopular S. A.), pagará al actor el valor equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que percibieron los empleados públicos de la ESE Francisco de Paula Santander, con fundamento en el monto pactado por concepto de honorarios en los contratos de prestación de servicios celebrados y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales, y los porcentajes de cotización respectivos a pensión y salud que el empleador debió cancelar a los fondos correspondientes durante el lapso acreditado que prestó sus servicios. Además, todas las sumas deben ser indexadas, y no condenó en costas (ff. 187-196).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El ente demandado, inconforme con la decisión del *a quo*, alega, en esencia, que, por un lado, en el momento en que instauró el accionante la demanda la acción se encontraba caducada y que además había operado la prescripción sobre los derechos reclamados; y, por el otro, que no probó los elementos esenciales de la relación laboral, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal, que por ella recibió una remuneración o pago, y que en su trato con el empleador existía subordinación o dependencia, situación entendida como la 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 durante la vigencia del vínculo, subordinación que en el proceso no está demostrada con el material probatorio recaudado, pues solo había una mera coordinación (ff. 199-209).

IV. TRÁMITE PROCESAL

El recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada fue concedido por auto de 2 de mayo de 2014 (f. 217), y se admitió por proveído de 25 de



julio del mismo año (f. 221); y, después, en providencia de 21 de octubre siguiente, se dispuso a correr traslado simultáneo a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión y conceptuara, en su orden (f. 223), oportunidad aprovechada solo por el accionante (ff. 224-225), en el sentido de que en el proceso ha quedado desvirtuado el contrato prestación de servicios que alega la parte demandada, ya que en el plenario se observa que el actor en los diferentes contratos se obligaba a prestar sus servicios en forma personal como médico especialista en cirugía plástica en el área donde fuese requerido por la entidad accionada, sin que estas funciones fueran desempeñadas de manera esporádica o transitoria, y, además, la contratación se efectuó de forma sucesiva, que se caracterizaba por ser una relación dependiente o subordinada, tal como se desprende de los diferentes testimonios recibidos, bajo las mismas condiciones del personal asistencial de planta y se encontraba sometido al cumplimiento de un horario y vigilado, características que no son propias de un contrato de prestación de servicios.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del artículo 129 del Código Contencioso Administrativo (CCA), esta Corporación es competente para conocer del presente litigio en segunda instancia.

5.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste razón jurídica o no para reclamar del Patrimonio Autónomo de Remanentes (PAR) de la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander, representado por la Fiduciaria Popular S. A. (Fidupopular S. A.), el pago de las prestaciones salariales y sociales no devengadas durante el tiempo que permaneció vinculado como contratista, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre formalidades, o, por el contrario, si los contratos de prestación de servicios (o cualquiera que sea su denominación) que celebró



con dicha entidad se ajustan a la normativa legal vigente, por cuanto no se configuraron los elementos de subordinación y continua dependencia que alega, propios de una relación laboral.

5.3 Caso concreto. A continuación, procede la Sala a analizar las peculiaridades del caso objeto de juzgamiento frente al marco normativo que gobierna la materia. En ese sentido, en atención al material probatorio traído al plenario y de conformidad con los hechos constatados por esta Corporación, se destaca:

a) Escrito del actor, fechado 17 de junio de 2009 (según la entidad, en su respuesta, se recibió el 10 de septiembre siguiente), en el que solicita de la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación que se reconozca la existencia de una relación laboral y no un contrato de prestación de servicios, y el pago de prestaciones sociales (ff. 18-22)

b) Oficio LIQ 14863 de 17 de septiembre de 2014, de la apoderada general del liquidador, por la cual resuelve de manera negativa la petición del accionante antes reseñada, en el sentido de que « [...] no es posible el reconocimiento del tiempo de servicios, prestaciones sociales y demás acreencias laborales solicitadas, por la sencilla razón de que dichos beneficios son incompatibles con la naturaleza jurídica de la relación contractual que sostuvo la ESE FPS con Usted [...]» (ff. 23-24).

c) Certificación de 17 de junio de 2008, de la coordinadora de talento humano (e.), sobre los contratos de prestación de servicios celebrados entre la entidad demandada y el accionante como médico especialista en cirugía plástica (ff. 15-16) así:



No. CONTRATO	FECHA INICIO	FECHA TERMINACIÓN	DURACIÓN (Días)
V.A 016839	01/07/2003	30/11/2003	150
AD 01 V.A 016839	01/12/2003	31/12/2003	30
AD 02 V.A 016839	01/01/2004	15/02/2004	45
493	16/02/2004	30/03/2004	45
885	01/04/2004	31/05/2004	60
2562	01/06/2004	31/08/2004	90
5217	01/09/2004	30/09/2004	30
5313	01/10/2004	31/10/2004	30
5389	01/11/2004	30/11/2004	30
5466	23/12/2004	25/01/2005	43
79	26/01/2005	31/08/2005	216
593	01/09/2005	30/09/2005	30
630	01/10/2005	31/10/2005	30
AD 01 CT 630	01/11/2005	23/11/2005	23
839	28/12/2005	20/01/2006	24
18	21/01/2006	28/02/2006	41
199	01/03/2006	31/03/2006	30
379	01/04/2006	30/04/2006	30
585	01/05/2006	30/09/2006	5
826	01/10/2006	31/12/2006	3
3	02/01/2007	31/03/2007	89
189	01/04/2007	30/06/2007	90
378	01/07/2007	30/09/2007	90
539	01/10/2007	03/12/2007	63
731	13/12/2007	15/01/2008	33
64	16/01/2008	14/03/2008	58
TOTAL			1408

d) Oficio de 12 de diciembre de 2012, del coordinador grupo de entidades liquidadas, del Ministerio de Salud y Protección Social, dirigido al Tribunal Administrativo de Santander en descongestión, en el que se adjuntan «copia auténtica de los contratos que se encontraron en el fondo documental de la ESE Francisco de Paula Santander-EN Liquidación y que se suscribieron con



el doctor Martín Alberto Gómez». Dichas copias corresponden a los contratos antes relacionados en la tabla (ff. 129-183).

e) Memorando Dirección UHC 775 de 31 de agosto de 2004, del director (e.) de la Unidad Hospitalaria Los Comuneros-Cañaveral, sobre horario y permiso del personal administrativo y asistencial (f. 30).

f) Testimonios de los señores Carmenza Gómez Ortiz, María Cristina Jaimes Plata y Gerardo Luna Pedraza (ff. 87-92).

De la pruebas que obran en el proceso, se desprende que el actor, en su condición de médico especialista en cirugía plástica, prestaba servicios al Instituto de Seguros Sociales antes del 1.º de julio de 2003; pero, mediante cesión del contrato V.A.016839, de esta fecha, se vinculó a la Empresa Social del Estado Francisco de Paula Santander —hasta el 14 de marzo de 2008— «[...] en atención a lo establecido en el artículo 23 del Decreto 1750 del 26 de junio de 2003, el cual dispuso la escisión del Instituto de Seguros Sociales y creó la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, hemos acordado por parte del CEDENTE, ceder al CESIONARIO, a partir del 01 de julio de 2003, todos los derechos y obligaciones estipulados en el contrato V.A. 016839, celebrado con MARTIN ABERTO GOMEZ RUEDA, cuyo objeto es la prestación de servicios como MEDICO ESPECIALISTA CIRUGIA PLASTICA en CLINICA LOS COMUNEROS-SANTANDER [...]» (f. 132) [sic para todo el texto].

Ahora bien, el contrato de prestación de servicios se ha definido como el celebrado por las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de las instituciones; sus condiciones están dadas, entre otras normas, por el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993,¹ modificado por el Decreto 165 de 1997; el Decreto 2209 de 1998, que,

¹ «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



al dictar normas sobre austeridad del gasto para las entidades que manejan recursos del tesoro nacional, reguló el tema; y el Decreto 2170 de 2002, que, en relación con esas contrataciones, además de indicar la manera de selección del contratista, precisa que «solo se realizarán para fines específicos o no hubiere personal de planta suficiente para prestar el servicio a contratar».

Es decir, que el contrato de prestación de servicios es aquel por el cual se vincula excepcionalmente a una persona natural con el propósito de suplir actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, o para desarrollar labores especializadas que no puede asumir el personal de planta y que no admite el elemento de subordinación por parte del contratista, toda vez que debe actuar como sujeto autónomo e independiente bajo los términos del contrato y de la ley contractual.

Y, al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 19 de marzo de 1997,² precisó la disparidad entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral: la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo, y, además, determinó que «el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que [...]en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente».

conocimientos especializados.

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

² Corte Constitucional, sentencia de 19 de marzo de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara.



De lo anterior, se colige que el contrato de prestación de servicios se desfigura cuando se comprueban los tres elementos constitutivos de una relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio, la remuneración y la continuada subordinación laboral, de lo que surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas en las relaciones laborales, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, con el que se propende a la garantía de los derechos mínimos de las personas preceptuados en normas respecto de la materia.

De igual manera, en reciente decisión la subsección B de esta sección segunda³ recordó que i) la subordinación o dependencia es la situación en la que se exige del servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, y se le imponen reglamentos, la cual debe mantenerse durante el vínculo; ii) le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad, y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia, para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral; y iii) por el hecho de que se declare la existencia de la relación laboral y puedan reconocerse derechos económicos laborales a quien fue vinculado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios que ocultó una verdadera relación laboral, no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es indispensable que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión, elementos de juicio que enmarcan el análisis del tema y que se tendrán en cuenta para decidir el asunto *sub examine*.

³ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 4 de febrero de 2016, expediente: 81001-23-33-000-2012-00020-01 (0316-2014), actora: Magda Viviana Garrido Pinzón, demandado: Unidad Administrativa Especial de Arauca.



Dicho esto, se tiene que en folios 129-183 del expediente obran fotocopias de los contratos de prestación de servicios celebrados entre la entidad accionada y el actor (para atender, entre otros, consultas de urgencias y los procedimientos derivados de ellas, programadas, de paciente hospitalizado y participar en juntas médico-quirúrgicas), los cuales han sido antes relacionados en una tabla, que forma parte de la certificación de 17 de junio de 2008, de la coordinadora de talento humano (e.) de la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación (ff. 15-16), en la que se declara sobre la existencia de esos documentos.

Al respecto, se puede observar que entre un contrato y otro no hubo solución de continuidad, pues la prestación del servicio fue permanente entre el 1.º de julio de 2003 y el 14 de marzo de 2008, lo que, en principio, desnaturaliza la finalidad del contrato de prestación de servicios, según lo establecido en el artículo 32, numeral 3, de la Ley 80 de 1993, en el sentido de que «En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable».⁴

Después de acabada la vinculación contractual, el actor presentó reclamación administrativa, fechada 17 de junio de 2009 y recibida, según lo afirma la entidad en su respuesta (f. 23), el 10 de septiembre siguiente, ante la apoderada general de la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación y la cual fue respondida de manera negativa por oficio LIQ 14863 de 17 de septiembre del mismo año. Y, más tarde, para agotar el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó de la Procuraduría General de la Nación (procuraduría judicial 47 en asuntos

⁴ En un caso similar, esta Corporación dijo: «Esta desproporción en la utilización de la figura prevista en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, evidencia indiscutiblemente que la contratación de la actora se dio con el ánimo de emplearla de modo permanente en la entidad, pero con el desconocimiento de sus derechos salariales y prestacionales de carácter irrenunciable y en abierta pugna con el principio constitucional de igualdad». Consejo de Estado, sala de lo contencioso-administrativo, sección segunda, subsección A, sentencia de 10 de octubre de 2013, radicación 250002325000200701378 02 (2106-2011), consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, actora: Gladys Ceballos Palacios, demandada: ESE Luis Carlos Galán Sarmiento en Liquidación.



administrativos), el 9 de octubre siguiente, el trámite conciliatorio extrajudicial con la accionada que culminó, el 1.º de diciembre de 2009, carente de acuerdo (f. 25), o sea, que durante este último lapso, el término de los 4 meses para incoar la acción, conforme al artículo 136, numeral 2, del CCA,⁵ estuvo suspendido.⁶ Por ello, el 3 de febrero de 2010 el actor entabló en tiempo la demanda, sin que ocurriera el fenómeno de la caducidad, así como tampoco la prescripción trienal sobre los derechos reclamados, instituida en el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968,⁷ como lo alega la recurrente.

Como los reparos concretos formulados por la apelante se limitan, además de la prescripción y la caducidad de la acción, a que en el proceso no se encuentra probada la existencia de la relación laboral por la falta de sus tres elementos (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación), la resolución del recurso se hará sobre estos aspectos.

En efecto, fuera de la prueba documental recaudada, se escuchó en audiencia de pruebas, el 18 de octubre de 2012, los testimonios de los señores Carmenza Gómez Ortiz, pensionada y exfuncionaria de la EPS Francisco de Paula Santander; María Cristina Jaimes Plata, médica cirujana plástica; y Gerardo Luna Pedraza, médico internista (ff. 87-92), que coinciden en afirmar que el accionante realizó actividades de médico especialista en cirugía plástica, que

⁵Código Contencioso Administrativo, artículo 136, numeral 2. «La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto [...]».

⁶Decreto 1716 de 2009, artículo 3. Artículo 3. «Suspensión del término de caducidad de la acción. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial ante los agentes del Ministerio Público suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta

a) Que se logre el acuerdo conciliatorio, o
b) Se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, o
c) Se venza el término de tres (3) meses contados a partir de la presentación de la solicitud; lo que ocurra primero.
[...]».

⁷Decreto 3135 de 1968, artículo 41. «Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este Decreto prescribirán en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual».



recibía órdenes de la subgerencia de salud y que desempeñaba las mismas funciones de sus homólogos de planta de personal. Se transcriben apartes de sus declaraciones:

Carmenza Gómez Ortiz:

[...]

PREGUNTADA: Que cargo ocupaba el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco de Paula Santander. CONTESTO: Médico especialista en cirugía plástica. PREGUNTADO: Concretamente que funciones tenía el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco de Paula Santander, en otras palabras que funciones cumplía. CONTESTO: Propias del cargo de cirujano plástico cumpliendo agenda, asignada por la subgerencia de salud y desde luego las ordenes dadas por la misma. El doctor Martín tenía una franja de urgencias al mes de atención de pacientes en urgencias y en piso, y en los pisos de hospitalización, tenía una agenda de actividades científicas una vez al mes junto con los otros profesionales de la cirugía plástica, tenía seis horas a la semana de cirugía programada, a parte de las que salían de urgencias, consulta externa, los turnos de urgencias se pasaba al servicio de urgencia como los dos días antes de terminar el anterior mes para que se diera cumplimiento con todas las especialidades, yo los transcribía y los repartía a todos los registros de especialización, consulta externa y el departamento de urgencias. PREGUNTADO: En el Seguro Social y en la ESE Francisco de Paula Santander, cuantos médicos especialistas en cirugía plástica había. CONTESTO: Cuando era Seguro Social tres o cuatro y en la ESE quedaron dos, el Dr. Martín Alberto y otro. PREGUNTADO: Las funciones que usted mencionó anteriormente cumplidas por el Dr. Martín Alberto Gómez eran similares a las que cumplía los demás médicos de cirugía plástica. CONTESTO. Sí. PREGUNTADO: Concretamente cual era el horario de trabajo que cumplía el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco de Paula Santander. CONTESTO: El contrato era de cuarenta y ocho horas. Seis horas al mes de actividad científica donde se evaluaban los casos para definir conductas, los casos difíciles, urgencias quince días, tenían un franja en la mañana fija y en el transcurso del día y de noche de disponibilidad los quince días, si los llamaban de noche tenían que ir, la consulta externa y la cirugía programada, que podían ser seis horas ya sea de mañana o tarde, no puedo decir como estaban programadas las horas, tenían que atender los pacientes que generaba la consulta externa, la cirugía y las urgencias, eran pacientes que quedaban hospitalizados y tenían que hacerle seguimiento hasta darlos de alta. PREGUNTADO: El Dr. Martín Alberto Gómez para efectos de cumplir las actividades que usted acaba de mencionar recibía algún tipo de orden o instrucción. CONTESTO: Si ellos tenían la agenda de trabajo, que era la hacía la persona que estuviera en la subgerencia de salud quien estuviera desempeñando ese cargo [sic para toda la cita].

[...]



María Cristina Jaimes Plata:

[...]

PREGUNTADO: Manifieste al despacho los hechos que conoce acerca de la presente acción. CONTESTO: Yo se que el Dr. Martín Gómez laboró en la clínica comuneros de la ESE Francisco de Paula Santander, empecé a laborar con él en el año 2006, pero él llevaba ya varios años laborando. Él cumplía la agenda que ordenaba la dirección de la clínica comuneros tanto en consulta externa como cirugía programada, hacía turno de urgencias de quince días de disponibilidad, asistíamos a las juntas médicas que eran seis horas mensuales, programadas igualmente, en los quince días de disponibilidad, él respondía las interconsultas de cirugía plástica, valoraba los pacientes hospitalizados por cirugía plástica, pues yo conozco que nunca por este tipo de trabajo, tuvimos derecho a vacaciones, no éramos afiliados por esta actividad a riesgos profesionales, ni a pensión ni salud, no nos pagaron cesantías, ni intereses a las cesantías. . PREGUNTADA: Que cargo ocupaba el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco de Paula Santander. CONTESTO: Cirujano plástico. PREGUNTADO. Concretamente que funciones tenía el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco Paula Santander, en otras palabras que funciones cumplía. CONTESTO: Cumplía una agenda programada por la dirección médica que consistía en hacer consulta especializada de cirugía plástica, cirugía programada de cirugía plástica, disponibilidad de urgencia de cirugía plástica quince días del mes, valoración de pacientes hospitalizados y de interconsultas quince días del mes y asistir a las juntas médicas programadas por dirección médica de seis horas una vez al mes. PREGUNTADO: En el Seguro Social y en la ESE Francisco de Paula Santander, cuantos médicos especialistas en cirugía plástica había. CONTESTO: En el momento en que yo entré a la ESE Francisco de Paula Santander éramos el Dr. Martín y yo, antes que yo llegaré se que estaba el Dr. Martín, el Dr. Jorge Armando Carvajal y Carlos Martínez, eran ellos quienes hacían las funciones asistenciales. PREGUNTADO: Las funciones que usted mencionó anteriormente cumplidas por el Dr. Martín Alberto Gómez eran similares a las que cumplía los demás médicos de cirugía plástica. CONTESTO. Si las mismas, antes que yo llegaré no se, en ese momento en que yo llegue eran las mismas. PREGUNTADO: Concretamente cual era el horario de trabajo que cumplía el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco de Paula Santander. CONTESTO: Entonces el horario era, hacia consulta programada los lunes por la tarde creo, la consulta era de dos a siete de la tarde los lunes en el segundo piso de la clínica, y cirugía programada los viernes de dos a siete. La junta médica eran de seis horas de acuerdo a la fecha programa mensual por dirección médica, la valoración eran todos los días mientras uno éste de turno, en esos quince días tocaba valorar los pacientes, no era un horario estricto como la consulta. En urgencias era disponibilidad y se hacían cirugía. PREGUNTADO: El Dr. Martín Alberto Gómez para efectos de cumplir las actividades que usted acaba de mencionar recibía algún tipo de orden o instrucción [sic para toda la cita].

[...]



Gerardo Luna Pedraza:

[...]

PREGUNTADA: Que cargo ocupaba el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco de Paula Santander. CONTESTO: El cargo era como cirujano plástico. PREGUNTADO. Concretamente que funciones tenía el Dr. Martín Alberto Gómez tanto en el Seguro Social como en la ESE Francisco Paula Santander, en otras palabras que funciones cumplía. CONTESTO: Realmente era consulta externa, que es una de las actividades que realiza los especialistas lo cual desarrollaba los lunes en la clínica comuneros en el segundo piso, y la otra actividad era como cirujano plástico propia de su actividad lo cual hacía en el tercer piso de la clínica comuneros y era los viernes, y la otra actividad era la disponibilidad de quince días y en esa disponibilidad atendía pacientes tanto en urgencias como en hospitalización, en hospitalización era diariamente de acuerdo a la evolución, esas eran sus actividades principales cumplía agenda que demarca cada mes y él la cumplía. Pues si tenía una agenda tenía alguien como director de eso, alguien que le coordinaba esa agenda [...] PREGUNTADO: Las funciones que usted mencionó anteriormente cumplidas por el Dr. Martín Alberto Gómez eran similares a las que cumplían los demás médicos de cirugía plástica. CONTESTO: Me imagino que sí, porque las agencias especialista son iguales, para mi área eran las mismas. PREGUNTADO: El Dr. Martín Alberto Gómez para efectos de cumplir las actividades que usted acaba de mencionar recibía algún tipo de orden o instrucción. CONTESTO: Sí, tenía su agenda y había un director que le exigía cumplir con esa agenda y hasta donde lo conozco cumplía con su actividad y agenda como se le exigía. Allí teníamos un gerente y un subdirector que estaban pendientes de nuestras agendas y que se cumplieran [sic para toda la cita].

[...]

Como se puede observar, estos testimonios son dignos de ser creíbles por cuanto son consistentes y armónicos en los hechos narrados entre sí, con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se demuestran dos de los tres elementos de la relación laboral: la prestación personal del servicio y la subordinación, y, sobre todo, que el demandante ejerció la labor en forma subordinada o dependiente respecto del empleador, sujeto a órdenes del director y del subdirector de salud. El tercer factor (la remuneración) se encuentra establecido en los contratos de prestación de servicios ejecutados con el valor de los honorarios recibidos durante su ejecución (ff. 129-183).



Así las cosas, en atención a que en el presente caso se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral disfrazada bajo contratos u órdenes de prestación de servicios, hay lugar a dar aplicación a los principios de igualdad e irrenunciabilidad de derechos en materia laboral (artículos 13 y 53 de la Carta Política); y, en consecuencia, la Sala estima que se debe confirmar la sentencia de primera instancia.

En este orden, con fundamento en los elementos de juicio allegados al expediente y apreciados en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin más disquisiciones sobre el particular, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, que accedió a las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1. Confírmase la sentencia proferida el 20 de febrero de 2014 por el Tribunal Administrativo de Santander en descongestión, que accedió a las pretensiones de la demanda incoada por el señor Martín Alberto Gómez Rueda contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes de la ESE Francisco de Paula Santander en Liquidación, representado por la sociedad Fiduciaria Popular S. A. (Fidupopular S. A.), conforme a lo expuesto en la parte motiva.
2. Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones que fueren menester.

Notifíquese y cúmplase,



Rad. 68001 23 31 000 2010 00056 01 (2543-2014)
Actor: Martín Alberto Gómez Rueda

Este proyecto fue estudiado y aprobado en Sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS