

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”

Consejero ponente: LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

Bogotá D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016)

REF: EXP. No. 81001233300020120004301
AUTORIDADES DEPARTAMENTALES
No. Interno: 2496-14
ACTOR: DENNYS JOHANA CISNEROS GRAZ

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 13 de febrero 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 30 de abril de 2012 suscrito por el Director de la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca, por medio del cual negó el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones sociales, que percibió durante su relación laboral como Profesional Universitario.

A título de restablecimiento del derecho, pide que se ordene el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales tales como la

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

bonificación por servicios, la prima de servicios, las vacaciones, la prima de vacaciones, la prima de recreación, la prima de navidad, los intereses a la cesantía, y que se cancelen los perjuicios materiales por concepto de sanción por despido en estado de embarazo y/o licencia de maternidad; de manera subsidiaria, pretende el reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía.

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 Profesional Universitario dentro del periodo comprendido entre el 3 de enero de 2011 y el 19 de enero de 2012, fecha en la que fue desvinculada sin mediar justa causa.

Sostuvo que el vínculo laboral fue a través de un contrato de prestación de servicios, en el que se desempeñaba de manera continua, subordinada y bajo un horario previamente establecido, tal y como se encuentra soportado por las constancias de servicios expedidas por el supervisor de tareas y por la Jefatura de Talento Humano de la Institución Hospitalaria.

Adujo que al momento de su despido se encontraba en estado de embarazo, situación que era de público conocimiento en la entidad y a pesar de ello se desconoció su estabilidad reforzada cuando fue retirada del servicio.

Como normas vulneradas citó los artículos 2, 6, 13, 25 y 53 de la Constitución Política; Decreto 2400 de 1968 y Ley 790 de 2002.

En el concepto de la violación señaló que el acto acusado adolece de falsa motivación, pues al omitir pronunciarse sobre las circunstancias fácticas y jurídicas que originaron la desvinculación y al no tener en cuenta que se cumplían con los requisitos configurativos de una relación laboral, es

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

beneficiaria del pago de derechos salariales y prestacionales en los mismos términos que los empleados de la planta de personal de la institución hospitalaria.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Arauca mediante sentencia del 13 de febrero de 2014 denegó las súplicas de la demanda luego de precisar que la parte actora no logró probar la supuesta subordinación en la que se encontraba frente a la entidad, pues del contenido de las funciones, de los testimonios aportados al plenario y de la relación contractual que se observa en el expediente, no se desvirtuó de manera fehaciente la ilegalidad del acto administrativo acusado. (fls. 231-254).

Adujo que según los criterios funcional, de igualdad, de temporalidad o de la habitualidad, de la excepcionalidad y de la continuidad fijados por la Corte Constitucional para identificar la existencia del contrato realidad, se encontró que las funciones realizadas por la actora son ajenas a la misión de la entidad, no son desempeñadas por el personal de planta, y no necesitaba un horario definido.

Precisó que el manejo integral de las comunicaciones internas y externas del hospital, la asesoría en prensa y protocolo, la divulgación de los programas y gestión que desarrolla, no se encuadran dentro de los objetivos de la entidad señalados en la Ordenanza 22 de 1996 y por ende, tampoco es una labor que ejerza un empleado de la planta de personal.

Señaló que el testimonio del señor Martín Gregorio Carvajal, no se evidencia de manera directa el cumplimiento de un horario de trabajo por parte de la accionante, porque a pesar de tener su oficina contigua, la labor que ejercía

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

lo obligaba a desplazarse a otras dependencias y por ende no podría verificar de manera fehaciente el horario laboral de su compañera.

Por último, dijo que de conformidad con lo expuesto por la jurisprudencia del Consejo de Estado, el fuero de maternidad solo procede en los casos en que existe una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o legal y reglamentaria, situaciones en las que no se encuentra la demandante, al haberse desvirtuado el vínculo con la entidad.

EL RECURSO

La parte actora solicitó la revocatoria de la sentencia del tribunal y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda (fls. 268-288).

Consideró que las actividades realizadas en la entidad no son ajenas a las funciones y objetivos propios del hospital, pues en la propia Constitución Política se establece el derecho a la información veraz e imparcial y con base en ello, es que las entidades cuentan con una oficina asesora de comunicaciones con la finalidad de mantener informada la ciudadanía de los hechos y políticas que desarrolla la institución, así como informar los nuevos servicios que presta o los que suprime.

Adujo que dentro de las funciones que debía ejecutar se encontraban las de apoyar en el proceso de calidad que adelanta la entidad hospitalaria, el cual se encuentra encaminado a obtener la certificación de calidad en el manejo de sus servicios y cuenta con un respaldo normativo contenido en la Ley 872 de 2003 *“por la cual se crea el sistema de gestión de calidad en la Rama Ejecutiva del Poder Público y en otras entidades prestadoras de servicios”*.

Precisó que el elemento subordinación se evidencia de manera fehaciente en la medida en que dentro de las actividades a realizar se le imponía la

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

asistencia con carácter obligatorio a todas y cada una de las capacitaciones, talleres y reuniones de carácter informativo que se desarrollaban con ocasión a su oficio, en cumplimiento del Modelo Estándar de Control Interno – MECI, cuya creación se encuentra consagrada en la Ley 87 de 1993.

Señaló que aunado a lo anterior, los contratos establecieron el ejercer las demás actividades asignadas y que sean afines con la naturaleza objeto del mismo, por lo que esas acciones también requerían que prestara sus servicios de manera permanente, tales como las noticias y comunicaciones que se debían transmitir a los clientes internos y externos.

Dijo que el testimonio del señor Martín Carvajal demostró que la labor ejercida como Jefe de Prensa y comunicaciones del hospital fue continua, y que estaba sometida a un horario de trabajo determinado por sus superiores.

Por último, señaló que su desvinculación en estado de embarazo desconoció los tratados internacionales, la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha precisado que no se requiere necesariamente notificar al empleador del estado de embarazo, pues existen diversas circunstancias en las cuales se entiende que el nominador tenía conocimiento de dicho estado, como el hecho notorio. Precisó que para la fecha de su desvinculación ya era de público conocimiento que se encontraba en avanzado estado de embarazo, al cumplir 7 meses de gestación.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico consiste en determinar si la señora Dennys Johana Cisneros Graz tiene derecho a que la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca le pague las prestaciones legales que reclama como consecuencia de los contratos de prestación de servicios que suscribió en el desempeño del cargo de Profesional Universitario (entre el 3 de enero de 2011 y el 19 de

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

enero de 2012) y por ende, luego de declarar la existencia del contrato realidad, se analice la viabilidad en el pago de la licencia de maternidad.

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; iii) Amparo laboral reforzado de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, vinculada mediante contrato de prestación de servicios; y iv) Caso concreto.

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

Esta Corporación ha sido insistente 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.

En ese orden, 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.

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

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.

Adicional a lo anterior, y sin perjuicio de que pueda declararse 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, por este sólo hecho de

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

estar vinculado no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación.

ii) 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 párrafo 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 entidades¹

¹ 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

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

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

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

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) Amparo laboral de la mujer en estado de embarazo o en periodo de lactancia, vinculada mediante contrato de prestación de servicios.

La estabilidad reforzada en materia laboral para la mujer en embarazo o lactancia tiene fundamento constitucional en el artículo 43 Superior² y desarrollo legal en el Código Sustantivo del Trabajo que prevé una presunción en los artículos 239 y 240, así:

“Artículo 239: 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivos del embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y

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 deslaborización 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 (...)

² Artículo 43 de la Constitución Política: La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

sin la autorización de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de la autoridad tiene el derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de (60) días fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiera lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, al pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo si no lo ha tomado”

“Artículo 240: 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. / El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.”

En ese orden de ideas, la estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observancia de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad.

Según la Corte Constitucional, las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

protección que las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica³. Sin embargo, esa Corporación precisó que: *“si bien, en principio, un contrato de prestación de servicios de orden estrictamente civil y de duración naturalmente definida, excluye cualquier tipo de relación laboral, es claro que en algunas ocasiones este tipo de contrato, es utilizado por los empleadores públicos y privados para distraer la configuración de una relación laboral y el pago consecuente de las prestaciones que causa este tipo de relación”*⁴.

De manera que es necesario, en primera medida, verificar en cada caso si se dan los presupuestos de la relación laboral. Desde luego, como esta controversia es de orden legal, pues su solución pasa por el cumplimiento de los requisitos de los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, su conocimiento corresponde a la Jurisdicción Ordinaria en la especialidad laboral o a la Contencioso Administrativa, según la clase del vínculo laboral.

Sobre este punto, la Sentencia SU 070 de 2013 determinó que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral (salario, subordinación o dependencia y prestación personal del servicio) significaría la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo y los artículos 1, 2 y 25 de la Constitución y de los principios de primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y de estabilidad en el empleo.

En dicha providencia, se precisó que en el supuesto en el cual la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrar la existencia de un contrato realidad, se deberán aplicar las reglas propuestas para los contratos a término fijo, en razón a que dentro las característica del contrato de prestación de servicios, según lo ha entendido esa Corporación, se

³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-687 de 2008, MP doctor Jaime Córdoba Triviño.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-501 de 2004. MP doctora Clara Inés Vargas Hernández.

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

encuentran que se trata de un contrato temporal, cuya duración es por un tiempo limitado, que es además el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

iv) Caso Concreto.

En virtud de lo señalado en párrafos anteriores se analizará si se configura una verdadera relación laboral entre la actora y el Hospital San Vicente de Arauca, para luego determinar si procede la protección laboral reforzada de la mujer gestante o lactante.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que la actora laboró como Comunicadora Social al servicio de la E.S.E Hospital San Vicente de Arauca, en los siguientes periodos: (fl.46)

No. Contrato	Fecha inicio	Fecha de Terminación	Valor contrato
2-0006	3/01/2011	31/01/2011	\$1.800.000
2-0384	1/02/2011	28/02/2011	\$1.800.000
2-0754	01/03/2011	31/03/2011	\$1.800.000
2-1129	01/04/2011	30/04/2011	\$1.800.000
2-1487	02/05/2011	31/05/2011	\$1.800.000
2-1612	01/06/2011	30/06/2011	\$1.800.000
2-1739	01/07/2011	31/07/2011	\$1.800.000
2-2091	01/08/2011	31/08/2011	\$1.800.000
Contrato de transacción 0005-2011	01/09/2011	31/10/2011	\$3.600.000
2-0015	02/01/2012	19/01/2012	\$1.622.296

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

Dentro de las funciones asignadas en los contratos de prestación de servicios se encontraban las de: a) Manejo Integral de las comunicaciones internas y externas del Hospital San Vicente de Arauca ESE; b) asesoría en prensa y protocolo; c) ejercer las interventorías y acompañamiento a los contratos cuyo objeto tengan relación con la naturaleza del contrato; d) autorizar en forma mensual al hospital San Vicente de Arauca ESE para hacer efectivo el descuento referido al valor a cancelar por concepto de la afiliación a la Administradora de Riesgos Profesionales; e) cubrimiento de las actividades internas y externas del hospital; g) manejo de la WEB; h) divulgación de los programas y gestión que desarrolla la entidad; i) colaborar con la elaboración de encuestas de satisfacción del cliente interno y externo; j) mantener la reserva sobre la información que le sea suministrada para el desarrollo del objeto contractual; k) presentar a talento humano los primeros 10 días del mes los pagos de salud y pensión; l) apoyar la implementación de procesos de calidad que adelanta el hospital; m) asistir con carácter obligatorio a todas y cada una de las capacitaciones, talleres y reuniones de carácter informativo que se desarrollen con ocasión a su oficio, o en desarrollo de los sistemas MECI, garantía de la Calidad y Gestión de Calidad; n) ejercer las demás actividades asignadas y que sean afines con la naturaleza objeto del presente contrato.

A folios 92, 99, 109, 113, 121, 128 y 132 obra copia de las actividades desarrolladas por la actora en la oficina de prensa y comunicaciones en los meses de abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y octubre de 2011, dentro de las cuales se encontraban las de, realizar capacitaciones sobre el componente de la comunicación pública de recursos físicos, referencias y contra referencias, alimentar la página web institucional y realizar la plataforma estratégica de comunicaciones.

De los testimonios recepcionados en la audiencia de pruebas se encuentra el rendido por el señor Martín Carvajal, empleado de la planta de personal del

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

hospital, en el que refiere que la demandante cumplía un horario de trabajo de 8 am a 12 m y de 2 pm a 6 pm, de lunes a viernes, el cual podía verificar por tener su escritorio de trabajo contiguo; y para la fecha de la desvinculación se encontraba en el séptimo mes de gestación.

Para la Sala el material probatorio aportado al expediente no es suficiente para demostrar otros elementos distintos a la prestación personal del servicio y la remuneración, es decir, no se acreditó de manera inequívoca la **subordinación** y por ende, no es dable inferir que en realidad sí existió una relación laboral.

En efecto, la parte actora no aportó documento alguno a través del cual se le llamara la atención o se le impusiera cierta orden no susceptible de ser discutida ni se comprobó la obligación de cumplir con ciertas metas u observar determinados métodos en la realización de sus labores, razón por la cual no se logró desvirtuar la simple facultad de supervisión que el contratante tiene sobre el contratista y que puede darse perfectamente dentro de una orden de prestación de servicios.

Sobre el particular, es preciso señalar que las entidades públicas tienen la obligación de vigilar de manera permanente la correcta ejecución de los contratos que hayan celebrado, ya sea por intermedio de un supervisor o interventor, lo cual en ningún momento significa que se esté dando una relación de subordinación como lo pretende demostrar la parte demandante y el cual es requisito necesario para que se configure una relación laboral.

Para la Sala, no fueron suficientes los elementos de prueba para configurar en el presente caso la existencia de la relación de tipo laboral, ya que no se acreditó que a la demandante se le impartieran órdenes de perentorio cumplimiento.

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

No siendo suficientes entonces los elementos de prueba atrás referenciados, para demostrar todos y cada uno de los elementos requeridos para la existencia de una relación laboral a contrario de la contractual, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, debiéndose proceder a confirmar la sentencia apelada.

Por último, la Sala se releva de analizar lo referente al fuero de maternidad, pues dicho amparo solo procede en los casos en que se configure la existencia de una verdadera relación laboral. Sobre el particular esta Corporación⁵ ha señalado:

“La Sala debe precisar que, en su criterio, el fuero de maternidad sólo procede en los casos en que existe una auténtica relación laboral, bien sea una vinculación por contrato de trabajo o por una vinculación legal y reglamentaria, el último caso, vinculación propia del sector público. Empero, en los casos en que no exista relación laboral el fuero de maternidad no puede aplicarse.

Por lo tanto, para la Sala, el fuero de maternidad no se aplica en los contratos de prestación de servicios, pues en esos casos no se configura una relación laboral y no podría extenderse la protección creada para los vínculos estrictamente laborales. La única forma para que, en esos eventos, se aplique el fuero de maternidad es que se demuestre que se configuraron los elementos de una auténtica relación laboral.

De la condena en costas

Esta Subsección en sentencia del 7 de abril de 2016⁶, 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”.

⁵ Sentencia del 3 de julio de 2013 Cp. Hugo Bastidas Bárcenas. EXP. 2013-00495-01

⁶ Rad. 13001-23-33-000-2013-00022-01 (1291-2014), actor: José Francisco Guerrero Bardi, Consejero Ponente: William Hernández Gómez.

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

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 abstendrá la Sala a condenar en costas, en atención a que en la segunda instancia no se desplegó ninguna actuación de defensa judicial por parte de la entidad demandada.

En merito 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,

REF: EXP. No. 81001233300020120004301(2496-14)

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia proferida el trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014) proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, dentro del proceso promovido por Dennys Johana Cisneros Graz contra el Hospital San Vicente de Arauca

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO