



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, dieciséis (16) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00150-00
Demandante: Gloria Parra Martínez.
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo.
Temas: Contrato realidad.

SENTENCIA N° 42

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **GLORIA PARRA MARTÍNEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.102.829.903, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**.

¹ Folio 14 del expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios N° 00073 de fecha 13 de febrero de 2014 y 25103 de fecha 27 de marzo de 2014, expedido por el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, por medio del cual se niega el reintegro, el reconocimiento y pago de salarios, prestaciones sociales y demás emolumentos laborales en favor de la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.

Segunda: Que como consecuencia de la anterior declaración se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento del derecho así.

- Se ordene el reintegro de la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, a las mismas funciones que ejercía al momento en que fue retirada del servicio, o a otro de igual categoría y remuneración.
- Se le reconozca y pague a la demandante, los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del retiro del servicio hasta la fecha de su efectivo reintegro.
- Que se le reconozca y pague a la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, el equivalente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho.
- Que para efecto de la liquidación de las sumas equivalentes a las prestaciones sociales, se tenga en cuenta el salario devengado por los auxiliares de enfermería de la planta de personal de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, y no el salario que en forma desigual e injusta se le pagó.

Tercera: Que las respectivas sumas de dinero sean indexadas.

Cuarta: Que se condene en costas a la parte demandada.

HECHOS.

Se indica, que la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, estuvo vinculada laboralmente con la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, a través de la Cooperativa COOTRASOPAL, durante el período comprendido entre el mes de enero de 2010 hasta el mes de enero de 2011 y mediante contratos de prestación de servicios, desde el mes de agosto de 2011 hasta el mes octubre de 2012, prestando sus servicios personales como Auxiliar de Enfermería en la entidad demandada.

Señala que, prestó sus servicios de manera personal, subordinada, cumpliendo cabalmente sus funciones, instrucciones y en el horario fijado por la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que correspondía, al de lunes a viernes de 08:00 a.m. a 12:00 m y de 02:00 p.m. a 06:00 p.m., y que el salario devengado fue durante el año 2010 el SMLMV, para el año 2011 y 2012, de \$1.100.000.

Afirma que, para la fecha en que fue retirada del servicio, se encontraba en estado de embarazo, situación de gravidez que le fue comunicada al empleador.

Refiere que, mediante oficios de fecha 24 de enero y 25 de marzo de 2014, por conducto de apoderado, le solicitó a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, el reconocimiento y pago de los conceptos laborales objeto de la presente demanda.

Afirma que, mediante oficio N° 00073 de fecha 13 de febrero de 2014 y 25103 de fecha 27 de marzo de 2014, el representante legal de la entidad demandada, respondió en forma negativa la mencionada petición, alegando la inexistencia de vínculo laboral entre la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, por lo que no se le ha pagado sus prestaciones sociales y demás conceptos laborales reclamados a través de este medio de control.

Por último, expresa que agotó requisito de procedibilidad de que trata la ley 1285 de 2009 y el decreto 1716 de 2009.

1.1.3. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Constitución Política: Artículos. 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53, 58, 122, 123, 124.

Legales: Artículos 58, 59 y 60 del decreto 1919 de 2002; ley 50 de 1990; artículo 13 de la ley 344 de 1996; artículo 83 del decreto 1042 de 1978; artículo 7 del decreto 1950 de 1993; decreto 1848 de 1969; artículo 3 y 5 del decreto 3130 de 1968; artículo 6 y 8 del decreto 3135 de 1968.

1.1.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, los actos administrativos demandados, están falsamente motivados, en la medida en que afirma que lo pretendido por la demandante no es procedente toda vez que ella no ha tenido relación laboral con dicho hospital, afirmación que se aparta de la verdad como se puede corroborar con los fundamentos fácticos.

Expresa que, la accionante recibía órdenes permanentes de la E.S.E. HOSPIUTAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, y a esta le correspondía cumplir tales instrucciones, lo cual pone en evidencia el elemento subordinación.

Declara que, la actividad desplegada, evidencia que ella realizaba las tareas propias de cualquier empleado, cumpliendo estrictamente el horario impuesto por la entidad demandada, recibiendo y acatando las órdenes de sus superiores, es decir, cumpliendo todos los requisitos para la configuración de una verdadera relación de trabajo.

Explica que, con la expedición de los actos administrativos atacados, la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, menoscaba el principio mínimo constitucional de igualdad en materia laboral, pues con los actos demandados, se desconoció la actividad personal y subordinada realizada por la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.

Expone que, el principio constitucional de la igualdad debe interpretarse en concordancia con el artículo 25 del a C.P. que ordena una especial protección para el trabajo humano, por lo que existiendo un prestación efectiva del servicio, bajo subordinación, debe brindarse especial trato a esa persona, cuya protección se hace efectiva garantizando el pago al empleado de los salarios y prestaciones sociales de manera oportuna.

Con base en lo anterior, frente a ese derecho a la igualdad, tiene derecho a que sus salarios y prestaciones sociales, sean liquidadas y pagadas conforme a como les fueron pagadas a los empleados de planta de la entidad demandada que ejercen las mismas funciones.

Agrega que, con la expedición de los actos demandados, la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, menoscaba la estabilidad reforzada a la que tiene derecho, en atención al artículo 43 de la C.P. Pues es claro que el ente demandado,

no brindó a la señora GLORIA PARRRA, quien se encontraba en estado de embarazo al momento de su desvinculación, la protección especial señalada en la norma constitucional mencionada.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 09 de julio de 2014².
- El Despacho mediante auto del 24 de julio de 2014³, admitió el medio de control, decisión notificada a través de correo electrónico N° 77 del 25 de julio de 2014⁴.
- La demanda fue notificada a las partes el día 07 de octubre de 2014⁵.
- El apoderado de la parte demandada, mediante escrito recibido con fecha 30 de enero de 2015⁶, presenta contestación de la demanda.
- Por auto del 25 de junio de 2015⁷, se dio por contestada la demanda por parte de la entidad accionada y se fijó el día 17 de noviembre de 2015 a partir de las 10:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- El día 17 de noviembre de 2015⁸, se llevó a cabo audiencia inicial, fijando fecha para audiencia de pruebas, para el día 30 de marzo de 2016 a partir de las 10:30 a.m.
- Con fecha 30 de marzo de 2016⁹, se realizó audiencia de pruebas y se corre traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.
- La apoderada de la parte demandada, mediante memorial presentado ante este despacho con fecha 08 de abril de 2016¹⁰, aporta alegatos de conclusión.
- Mediante memorial recibido en esta dependencia judicial con fecha 21 de abril de 2016, la apoderada de la parte accionada, presenta renuncia al poder otorgado.
- A través de poder allegado a este Juzgado, con fecha 19 de mayo de 2016, la representante legal de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SUCRE, confiere poder a la doctora AIDAR MELISA ARRIETA SIERRA, para que asuma la representación judicial de la entidad demandada.

² Folio 75 del expediente

³ Folio 77 - 78 del expediente

⁴ Folio 79 del expediente

⁵ Folio 86 - 91 del expediente

⁶ Folio 99 - 121 del expediente

⁷ Folio 124 del expediente

⁸ Folio 138 - 144 del expediente.

⁹ Folio 157 - 158 del expediente.

¹⁰ Folio 161 - 165 del expediente.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, contestó la demanda en término legal, señalando que se oponen a las pretensiones de la misma.

Atinente a los hechos de la demanda, aceptó como ciertos el 5º, 13º, 14º, 15º y 16º, los cuales hacen referencia a que la actora a través de contratos de prestación de servicios, prestó sus servicios a la entidad demandada desde el mes de agosto de 2011 hasta el mes de octubre de 2012 y a que presentó petición ante la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, solicitando el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, el cual fue resuelto dentro del término de ley; negó la existencia de los hechos 1º, 8º, 9º y 12º, consideró parcialmente ciertos los hechos 3º, 6º, 7º y dijo no constarle el hecho 2º, 4º, 10º y 11º.

Fundamenta su defensa en la inexistencia de un contrato realidad entre las partes, pues lo que existió entre las mismas, fue un contrato estatal de prestación de servicios de apoyo a la gestión regido por el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

Argumenta que, el hecho de suscribir contratos de prestación de servicios, no viola el derecho de igualdad, ya que la situación del empleado público, que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica, es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, es decir, esta última no genera una relación laboral ni prestacional.

Con respecto a la petición de reintegro, alega que esta no es procedente, puesto que la única forma de obtener un empleo en las entidades públicas, es por medio de concursos, lo que en este caso no ocurrió, debido a que lo que se dio, fue un contrato de prestación de servicios por un tiempo estipulado, el cual se cumplió en el plazo de ejecución establecido.

Como excepciones de fondo propuso las de inexistencia de la ilegalidad o carencia de vicio de nulidad en el acto administrativo acusado, inexistencia de las obligaciones demandadas, la de falta de causa para demandar, cobro de lo no debido y prescripción.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE: No presentó alegatos de conclusión.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA:

Alega la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que se reiteran en su oposición a cada una de las declaraciones y condenas pretendidas por la demandante, además solicita se condene en costas, por considerar infundadas las pretensiones, en atención a que el acto administrativo demandado no está viciado de nulidad.

Establece que, el acto demandado, está legitimado en cuanto goza de amparo legal, y fue proferido con apego al ordenamiento jurídico vigente.

Expresa que, los contratos de prestación de servicios, de conformidad con el artículo 32 de la ley 80 de 1993, se pueden celebrar con personas naturales, cuando dicha actividad no pueda realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

Argumenta que, con respecto al período comprendido entre el mes de enero de 2010 hasta el mes de enero de 2011, durante el cual, la demandante estuvo vinculada a través de las Cooperativa COOTRASOPAL, no existe una prueba que demuestre una relación contractual, legal o reglamentaria entre la entidad demandada y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.

Según información aportada y allegada al expediente por la Cooperativa COOTRAPOSAL, durante el período mencionado, a la demandante le fue cancelado por parte de la cooperativa, todas las obligaciones pendientes.

Para el período comprendido entre agosto de 2011 hasta octubre de 2012, del material probatorio, se tiene que la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, fue vinculada mediante órdenes de prestación de servicios para ejercer funciones de auxiliar de enfermería, en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que tal vinculación se realizó de conformidad con las normas de contratación estatal, es decir por la ley 80 de 1993, y dentro de los contratos de prestación de servicios se estipuló una cláusula de exclusión de la relación laboral la cual reza “la presente orden no

implica relación laboral alguna, no causa derecho de prestaciones sociales” tomando su fundamento en la sentencia del Consejo de Estado de 18 de noviembre de 2013 con M.P Nicolás Pájaro Peñaranda

Agrega que, el hecho de que el Hospital de Sincelejo, tenga injerencia en la labor desarrollada por la actora, no implica subordinación, sino coordinación; no puede pregonarse subordinación por el hecho que se desplieguen las labores propias del contrato celebrado, pues ello deviene de este, amén de que resulta lógico que la entidad contratante regule el cumplimiento del contrato sin que por ello resulte subordinado el contratista. Si bien la labor se desarrolla bajo la orientación del coordinador, ello por sí solo, no configura la existencia de una relación laboral, pues aunque se trate de servicios profesionales prestados por el contratista, es apenas lógico que este personal debe actuar y desarrollar su labor dentro de los marcos y objetivos que tengan trazados la entidad contratante.

Por último y referido a la declaración rendida dentro de la actuación por la señora TEDIS MUNIVE, indica que su testimonio deja dudas e imprecisiones, dado que en un primer momento manifiesta que trabajó en las mismas fechas y áreas que la demandante, pero luego de relatar cuales eran esas áreas, difieren de las que se prestaba el servicio por la demandante. Además se refleja el desconocimiento entre lo manifestado por el demandante en su demanda y lo que ella supone observó en cuanto a la prestación del servicio realizado por la demandante, ya que la declarante indicó un horario de trabajo totalmente diferente al establecido por la accionante en su medio de control, sumado a lo anterior, se presenta el hecho que durante el período de enero de 2010 a enero de 2011, la misma actora explicó que se encontraba vinculada a otra cooperativa como era COOMULSER, situación que pone de presente su ignorancia frente a si en tales etapas, la cooperativa COOTRASOPAL, le canceló las prestaciones correspondientes a la señora PARRA MARTINEZ.

1.4.3. MINISTERIO DE PÚBLICO: No emitió concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad de los actos administrativos contenido en los oficios N° 00073 de fecha 13 de febrero de 2014 y 25103 de fecha 27 de marzo de 2014, expedido por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, mediante la cual se negó la relación laboral existente entre la entidad demandada y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, salarios y reintegro, durante el tiempo que la actora se desempeñó como auxiliar de enfermería, en el período comprendido entre el mes de enero de 2010 hasta el mes de enero de 2011 y del mes de agosto de 2011 hasta el mes de octubre de 2012.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿Se encuentran acreditados los elementos de la relación laboral que den lugar a la declaratoria del contrato realidad del demandante con la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, como auxiliar de enfermería, durante los períodos comprendidos desde el mes de enero de 2010 hasta el mes de enero de 2011 y del mes de agosto de 2011 hasta el mes de octubre de 2012.

Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) Línea jurisprudencial frente al contrato realidad (indemnización en el contrato realidad, prueba de los elementos del contrato realidad). (ii) Marco jurisprudencial y normativo del contrato realidad de contratistas de Empresas Sociales del Estado. (iii) protección constitucional especial a la maternidad. (iv) principio de la estabilidad laboral reforzada extensivo a las mujeres en estado de gravidez vinculadas

a través de contratos de prestación de servicios. (v) responsabilidad solidaria de las entidades públicas, cuando se benefician de la intermediación laboral y se declara la existencia de un contrato realidad. (iv) caso concreto.

2.4. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. MARCO JURISPRUDENCIAL.

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el contrato de prestación de servicios, de la siguiente manera:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, 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.”

En sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila, 17 de marzo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00818-01(1017- 10), se dijo:

“El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contrapone a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

(...).

Se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso”.

El Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 26 de septiembre de 2013, manifestó frente a la posibilidad que exista una relación laboral, que no precisamente sea conducida por la celebración de contratos de prestación de servicios, partiendo de precisiones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que:

“... Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha puntualizado que, es claro que en la realidad los municipios, y Estado en general, en ocasiones se benefician del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero eso no significa que no haya vinculación laboral. Aceptar que sólo la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad; eso es tanto como desconocer la Constitución; porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.)

Por tanto, cuando la justicia advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un ente territorial, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver a dicha administración; podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa; pero si hay razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia debe decidir el fondo de cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado; en caso afirmativo condenar a aquella entidad al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar”.

2.4.1. LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD.

La tesis que actualmente maneja el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, que sigue los lineamientos del Honorable Consejo de Estado, al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

En efecto al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“PRESTACIONES SOCIALES”

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

Este tema no ha sido ajeno a la Sección Segunda de esta Corporación, que se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Mediante providencia de 16 de febrero de 2005, M. P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 3130-04, reconoció el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias liquidadas, de la siguiente manera:

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SECC.SEGUNDA C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 19 febrero 2009.Rad:3074-05 Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

*“En esas condiciones, aunque realmente no se trata de una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que la persona que labora en esas condiciones lo hace en forma similar al empleado público con funciones administrativas de apoyo para el personal de salud, que si es esencial para el objeto del Ente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta los principios de equidad e igualdad, hasta donde es posible admitir, la Jurisdicción ha aceptado que es procedente reconocer **al contratista unos derechos consistentes en el reconocimiento y pago de INDEMNIZACION por lo que ha dejado de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que reciben esa clase de empleados de la entidad pero liquidables teniendo en cuenta los “honorarios” pactados en los contratos.**”(Negrilla del texto)*

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

*En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que **no es de recibo** porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) Y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para

después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”¹²

2.4.2. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

Cuando se trata de demostrar la existencia de un contrato realidad, la carga probatoria de los elementos de dicho contrato, incumbe exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la amparo que brinda el principio de la primacía de la realidad, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos.

Tal subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, involucra la posibilidad del contratante del servicio para disponer de la fuerza de trabajo conforme mejor conviene a los intereses de la entidad, con la posibilidad latente de dar órdenes e instrucciones al empleado respecto la cantidad, forma, tiempo y calidad del servicio que se presta.

En providencia de fecha 21 de mayo de 2009, con ponencia del Consejero, Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado señaló:

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor 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 probar 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 a modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerles reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

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 para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio

¹² Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.

constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”¹³.

2.5. MARCO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO DEL CONTRATO REALIDAD DE LOS CONTRATISTAS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

Sobre este aspecto, en sentencia del 4 de marzo de 2010, en los casos de prestación de servicios médicos, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

La Sala ha hecho prevalecer entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

Así, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.

(...).

En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Ordenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser

¹³Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados; de manera que en atención a los conocimientos especializados que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio de los mismos, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados.

Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, la especialidad de que se revisten los servicios Médicos -tratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de ordenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de

servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso”. (Subraya fuera del texto).

En sentencia de fecha 30 de marzo de 2016 el tribunal Administrativo de Sucre concluyo.

“A partir de lo anotado, para los casos del personal vinculado al sector de la salud, concretamente a la prestación de servicios médicos y/o de enfermería, si bien es cierto, que la ley permite la vinculación de este personal a través contratos de prestación de servicios, a entidades hospitalarias, a efectos de prestar servicios de manera especializada, que propugne por el avance y la actualización científica, sin que signifique el surgimiento de derechos laborales, también lo es, que en ciertos eventos, muy específicos, no siempre, las empresas sociales del Estado, deben acudir a esta modalidad de vinculación laboral con la administración; como por ejemplo, cuando se requiera vincular a médicos, enfermeras, o auxiliares de enfermería, entre otros profesionales de la salud, con el propósito que desempeñen labores y funciones similares al personal de planta permanente, con las mismas condiciones profesionales, pues, de necesitar a profesionales de la salud, para el cumplimiento de las funciones anotadas, deben acudir a la creación de cargos y no a la contratación de prestación de servicios, en razón a que se propiciaría las denominadas “nóminas paralelas”, lo cual, no es el fin del vínculo contractual.

Cuando las empresas sociales del Estado, vinculen profesionales del área de la salud, mediante contratos de prestación de servicios, para que presten unos servicios iguales o semejantes, a lo que prestan los vinculados a la planta de personal de la entidad, sin que éstos profesionales de la salud, tengan la condición de especializados, añadiendo que si ese servicio se presta de manera permanente y continua, se estaría ante una inminente relación laboral, inmiscuida en un contrato de prestación de servicios, que en la forma recibe esa denominación, empero, en la realidad, ostentan todas las condiciones de una vinculación laboral.

En ese contexto, el servicio prestado por ese contratista del área de la salud, hace parte del objeto y el giro normal de las funciones primordiales de la entidad, lo cual hace, que tenga cierta sujeción o dependencia, con las directrices y políticas, que adopten las directivas de esa institución.

2.6. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL ESPECIAL A LA MATERNIDAD.

El artículo 43 de la Constitución política expresamente consagra que: 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. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia.

La protección especial constitucional anterior ha sido establecida con el objeto de brindarles un amparo a aquellas mujeres gestantes independientemente de si cuenta o no con un empleo o medio para subsistir, pues lo que busca es reforzar sus derechos y darle prevalencia a la vida del que está por nacer, garantizándole al menos un apoyo o subsidio que permita mediar sus necesidades básicas.

Dentro de las medidas de protección creadas por la legislación se encuentra el llamado fuero de maternidad, el cual tiene como objeto evitar la discriminación laboral de las mujeres embarazadas o lactantes, impidiendo que durante su estado de gravidez y luego de ello, sean objeto de despido, de terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia. Adicionalmente, propende el amparo de sus derechos a la estabilidad laboral reforzada, al descanso remunerado después del parto y durante la lactancia, al descanso remunerado en caso de aborto o interrupción voluntaria del embarazo.

2.7. EL PRINCIPIO DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA, ES EXTENSIVO A LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ VINCULADAS A TRAVÉS DE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Sobre este aspecto, se traerá como referencia jurisprudencial apartes de la Sentencia SU-070 de 2013, proferida por la Honorable Corte Constitucional Tutela, por ser aplicable al asunto en cuestión, así:

“Respecto de algunas modalidades de vinculación, el ordenamiento jurídico colombiano le confiere a los empleadores cierta libertad para no prorrogar los contratos a término fijo que suscriben con los(as) trabajadores. Esta libertad, sin embargo, no es ilimitada y tampoco puede entenderse con independencia de los efectos que la misma esté llamada a producir sobre la relación entre unos y otros. En aquellos eventos en los cuales el ejercicio de la libertad contractual, trae como consecuencia la vulneración o el desconocimiento de valores, principios o derechos constitucionales fundamentales, entonces la libertad contractual debe ceder. En ese orden de argumentación, ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo. Esto responde igualmente a la garantía establecida en el artículo 53 de la Constitución, de acuerdo con la cual, debe darse prioridad a la aplicación del principio de estabilidad laboral y de primacía de la realidad sobre las formas así como a la protección de la mujer y de la maternidad (art. 43 C.N).”

Más adelante indicó:

“...Procede la protección reforzada derivada de la maternidad, luego la adopción de medidas protectoras en caso de cesación de la alternativa laboral, cuando se demuestre, sin alguna otra exigencia adicional: a) la existencia de una relación laboral o de prestación y, b) que la mujer se encuentre en estado de embarazo o dentro de los tres meses siguiente al parto, en vigencia de dicha relación laboral o de prestación. De igual manera el alcance de la protección se determinará según la modalidad de contrato y según si el empleador (o contratista) conocía o no del estado de embarazo de la empleada al momento de la desvinculación.”

Luego, al hacer distinción sobre la aplicación de la mencionada protección, cuando se esta en presencia de una trabajadora vinculada mediante Contrato de Prestación de Servicios, manifestó:

“...MUJER EMBARAZADA EN CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS

En el supuesto de vinculación de la mujer gestante o lactante mediante contrato de prestación de servicios, el juez de tutela deberá analizar las circunstancias fácticas que rodean cada caso, para determinar si bajo dicha figura contractual no se está ocultando la existencia de una auténtica relación laboral. Si bien la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para declarar la configuración de un “contrato

realidad”, pues “*existen las vías procesales ordinarias laborales o las contencioso administrativas, a través de las cuales [se] puede buscar el reconocimiento de una vinculación laboral*”, en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela. En el caso de contratos de prestación de servicios celebrados por el Estado con personas naturales, debe advertirse que éste únicamente opera cuando “*para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden*”. Por esta razón, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que si en el contrato de prestación de servicios, privado o estatal, se llegare a demostrar la existencia de una relación laboral, “*ello conllevaría a su desnaturalización y a la vulneración del derecho al trabajo reconocido en el preámbulo; a los artículos 1, 2 y 25 de la Carta; además a los principios de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, al de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales y al de la estabilidad en el empleo.*” Con todo, en el supuesto en que la trabajadora gestante o lactante haya estado vinculada mediante un contrato de prestación de servicios y logre demostrarse la existencia de un contrato realidad, la Sala ha dispuesto que 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 esta Corporación, se 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. *(Negrillas fuera del texto).*

Con relación a las reglas propuestas para los contratos a término fijo, consagró:

“...Cuando el empleador conoce en desarrollo de esta alternativa laboral el estado de gestación de la empleada, se presentan dos situaciones:

1.) Si la desvincula antes del vencimiento del contrato sin la previa calificación de una justa causa por el inspector del trabajo: *En este caso se debe aplicar la protección derivada del fuero consistente en la ineficacia del despido y el consecuente reintegro, junto con el pago de las erogaciones dejadas de percibir. Se trata de la protección establecida legalmente en el artículo 239 del CST y obedece al supuesto de protección contra la discriminación.*

2.) Si la desvincula una vez vencido el contrato, alegando como una justa causa el vencimiento del plazo pactado: *En este caso el empleador debe acudir antes del vencimiento del plazo pactado ante el inspector del trabajo para que determine si subsisten las causas objetivas que dieron origen a la relación laboral. Si el empleador*

acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad. Si no acude ante el inspector del trabajo, el juez de tutela debe ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación; y la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela. Para evitar que los empleadores desconozcan la regla de acudir al inspector de trabajo se propone que si no se cumple este requisito el empleador sea sancionado con pago de los 60 días previsto en el artículo 239 del C. S. T...”

2.8. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS, CUANDO SE BENEFICIAN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y SE DECLARA LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD.

El H. Consejo de Estado ha señalado que tratándose de la intermediación laboral, que se desarrolla en escenarios en los cuales un particular vinculado a una cooperativa de trabajo asociados o ente solidario de este tipo, presta sus servicios a una entidad pública, la cual se beneficia de los servicios de este, pero cuya relación engendra una verdadera relación laboral que se determina judicialmente, se presenta una responsabilidad solidaria en tal evento, que por ende implica que, tanto la Cooperativa, como la entidad pública donde se prestaron los servicios, asuman como empleadoras las obligaciones sobrevinientes, aun en el evento de no ser vinculadas al proceso, alguna de las dos, ya que ello no obsta, para que el juez de conocimiento, imponga las consecuencias jurídicas correspondientes, en virtud del acaecimiento del contrato realidad.

Nuestro Tribunal de cierre en la jurisdicción administrativa, en sentencia del 23 de febrero de 2011¹⁴, dijo.

“En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2011. Expediente con radicación interna 0260-09. C. P. Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila.

detrimento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa.

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.

Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el “Hospital

Engativá II Nivel, E.S.E” de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.”

Por lo tanto, el hecho de que exista una intermediación laboral entre una entidad pública de salud y una cooperativa de trabajo asociado, no quiere decir, que la entidad pública demandada, no se haga responsable de las consecuencias derivadas del acaecimiento de un contrato realidad, ya que como bien lo señala la jurisprudencia contenciosa administrativa, existe un juicio de solidaridad, que permite imponer órdenes y deberes al tercero beneficiado con la prestación del servicio, inclusive, si a lo largo del proceso judicial, no se vincula a las cooperativas de trabajo asociados como sujetos propios, de la vinculación y observancia del servicio encomendado y a la vez prestado.

2.9. ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que según la demandante surge porque estuvo vinculado con la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, de forma continua mediante órdenes de prestación de servicios, bajo subordinación y dependencia del superior, y percibiendo una remuneración por su labor.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Petición de fecha 24 de enero de 2014¹⁵, presentada por la actora dirigido a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, mediante la cual se solicita el reconocimiento de las prestaciones sociales y la existencia de una relación laboral.
- Oficio 00073 de fecha 13 de febrero de 2014¹⁶, expedido por el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, mediante el cual se niega la petición elevada por la demandante de fecha 24 de enero de 2014.
- Petición de fecha 05 de marzo de 2014¹⁷, presentado por la accionante dirigido a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, mediante la cual se solicita el reconocimiento de las prestaciones sociales y el reintegro al cargo

¹⁵ Folio 16 - 18 del Expediente.

¹⁶ Folio 19 del Expediente.

¹⁷ Folio 20 - 22 del Expediente.

que desempeñaba al momento del retiro del servicio, pago de salarios y otros emolumentos laborales.

- Oficio 25103 de fecha 27 de marzo de 2014¹⁸, expedido por el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, con fecha de recibido del 01 de abril de 2014. Mediante la cual se responde la petición de fecha 05 de marzo de 2014.
- Oficio de fecha 03 de febrero de 2012¹⁹, por medio del cual la demandante comunica su estado de gravidez a la Coordinadora de Enfermería de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.
- Copia del examen de embarazo en sangre con resultado positivo de la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, de fecha 04 de noviembre de 2011²⁰.
- Copia de certificado de fecha 18 de marzo de 2011²¹, expedido por la representante legal de la Cooperativa de trabajo Asociado Especializada en Servicios Asistenciales COOTRASOPAL CTA, por medio de la cual se indica que la demandante desempeñó el cargo de auxiliar de enfermería en la entidad demandada entre el 01 de enero de 2010 hasta el 31 de enero de 2011.
- Copia de certificado de fecha 27 de diciembre de 2011²², emitido por el Subgerente de Servicios Asistenciales del Hospital Universitario de Sincelejo, donde se señala que la actora laboró por intermedio de OPS, como auxiliar de enfermería en la entidad demandada, desde el 01 de agosto al 31 de diciembre de 2011.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de agosto de 2011²³, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 02 de enero de 2012²⁴, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de febrero de 2012²⁵, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.

¹⁸ Folio 24 del Expediente.

¹⁹ Folio 25 del Expediente.

²⁰ Folio 26 del Expediente.

²¹ Folio 27 del Expediente.

²² Folio 28 del Expediente.

²³ Folio 29 - 30 del Expediente.

²⁴ Folio 32 - 33 del Expediente.

²⁵ Folio 36 - 37 del Expediente.

- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de junio de 2012²⁶, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de septiembre de 2012²⁷, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de octubre de 2012²⁸, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO y la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ.
- Copia de constancia de fecha 23 de julio de 2013²⁹, expedida por la Líder de la Unidad de Talento Humano de la .E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que establece la asignación básica mensual, prestaciones sociales y demás emolumentos devengados por los auxiliares de enfermería entre los años 2002 hasta el año 2013.
- Copia de cuadros de turnos³⁰.
- Copia de la ordenanza 09 de fecha 23 de agosto de 2007³¹.
- Copia de la ordenanza 015 de fecha 18 de diciembre de 1992³².
- Constancia de conciliación extrajudicial celebrada entre las partes ante la Procuraduría 164 Judicial II Para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 17 de junio de 2014³³.
- Acta de conciliación N° 639 del 14 de mayo de 2011³⁴, celebrada ante el Ministerio de Protección Social – Inspección de Trabajo de Sincelejo, suscrita entre la demandante y la representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en servicios Asistenciales.
- Copia de comprobante de egreso de fecha 14 de junio de 2011³⁵. suscrito por la señora GLORIA PARRA.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, anteriormente relacionadas, se tiene que la demandante señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, estuvo vinculada a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SUCRE, desempeñando para tal efecto el cargo de auxiliar de enfermería, en los períodos comprendidos entre el 01

²⁶ Folio 40 - 41 del Expediente.

²⁷ Folio 44 - 45 del Expediente.

²⁸ Folio 46 – 47 del Expediente.

²⁹ Folio 48 del Expediente.

³⁰ Folio 49 - 57 del Expediente.

³¹ Folio 59 del Expediente.

³² Folio 60 - 72 del Expediente.

³³ Folio 73 del Expediente.

³⁴ Folio 113 del Expediente.

³⁵ Folio 112 del Expediente.

de enero de 2010 al 31 de enero de 2011³⁶, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Servicios Asistenciales COOTRASOPAL CTA, y desde el 01 de agosto de 2011 al 01 de enero de 2012³⁷; del 02 de enero de 2012 al 02 de febrero de 2012³⁸; del 02 de febrero de 2012 al 01 de junio de 2012³⁹; del 01 de junio de 2012 al 31 de julio de 2012⁴⁰; del 01 de septiembre de 2012 al 30 de septiembre de 2012⁴¹; del 01 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2012⁴²; por medio de órdenes de prestación de servicios suscritas con la entidad demandada, recibiendo una remuneración equivalente para el año 2011 y 2012 de \$1.100.000.

Con respecto al período que la demandante estuvo vinculada a través de cooperativa de trabajo asociado, se nota que con la demanda se aportó copia simple de certificación suscrita por el representante legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Servicios Asistenciales COOTRASOPAL C.T.A., donde manifiesta que la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, estuvo vinculada como trabajadora asociada en dicha cooperativa, prestando sus servicios en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, como Auxiliar de Enfermería, desde el 01 enero de 2010 hasta el día 31 de enero de 2011⁴³, documento que no fue tachado por la entidad demandada.

En relación con el período contenido entre el 01 de agosto de 2011 hasta el 31 de octubre de 2012, se adjuntaron copias simples de las órdenes de prestación de servicios suscritas entre la demandante y la entidad E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.

Además de ello, se puede constatar, que para el cumplimiento de la labor contratada, la actora, debió prestar sus servicios personalmente y percibir por ello unos honorarios establecidos en las distintas órdenes de servicios suscritas, en las que se pactó el valor y la forma de pago, con ello, se reafirma la configuración de los dos primeros elementos de la relación laboral, estos es i) prestación personal del servicio y ii) remuneración.

Si bien, en la certificación emitida por las Cooperativa COOTRASOPAL CTA⁴⁴, no se indicó de manera expresa, el monto de la remuneración recibida por la señora

³⁶ Folio 27 del Expediente.

³⁷ Folio 29 -30 del Expediente.

³⁸ Folio 32 - 33 del Expediente.

³⁹ Folio 36 - 37 del Expediente.

⁴⁰ Folio 40 - 41 del Expediente.

⁴¹ Folio 44 - 45 del Expediente.

⁴² Folio 46 - 47 del Expediente.

⁴³ Folio 27 del Expediente.

⁴⁴ Folio 27 del Expediente.

GLORIA PARRA MARTÍNEZ, por la prestación de su servicio como auxiliar de enfermería en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, lo cierto es, que toda prestación de servicios, realizada en ocasión de un contrato, trae consigo la existencia de un elemento de remuneración u honorarios, pues como bien se sabe, no existe un contrato de prestación de servicios gratuito.

En relación con el elemento subordinación, como antes se mencionó, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, la misma se encuentra demostrada, frente a los períodos descritos, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello, que permite afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente, y por el contrario, como se acreditó en el plenario esta debía someterse a horario de trabajo, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación.

En efecto, revisado el expediente, se divisan copia de los cuadros⁴⁵, que contienen los horarios de trabajo o turnos correspondientes a los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2011 y de enero, febrero, marzo y abril de 2012, que cumplía la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, como auxiliar de enfermería en la entidad accionada.

Además de ello, se cuenta con la declaración de la señora TEDIS VICTORIA MUNIVE OROZCO⁴⁶, identificada con C.C. N° 64.870.561, la cual permite darle mayor claridad al despacho sobre la relación laboral que la actora mantuvo con la entidad demandada, en especial, si aquella estuvo o no sujeta a subordinación, en atención a que la declarante, como bien lo afirmó en su declaración, laboró con la demandante, en el Hospital Universitario de Sincelejo, desempeñando el cargo de Aseadora. Para el efecto, se destacan apartes relevantes de la declaración de la señora TEDIS VICTORIA MUNIVE OROZCO, para este litigio.

“Preguntado: Que sabe o le consta de la situación particular de la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, con el ente hospitalario en mención. **Contestó:** bueno yo conocí a la señora GLORIA PARRA, en el Hospital Universitario de Sincelejo, entró a trabajar en el 2010, como auxiliar de enfermería y la vi que

⁴⁵ Folio 49 – 57 del Expediente.

⁴⁶ Ver video de audiencia, visible a folio 159 del Expediente. Min 11.10 a 24.45.

estuvo allí hasta el 2012 en el mes de febrero, ella estaba embarazada, en ese tiempo estaba trabajando por prestación de servicios, es decir contratos con el Hospital Universitario de Sincelejo, trabajo por medio de cooperativas, las cuales no pagaban prestaciones sociales, es decir como cesantías, primas, etc., y algunas veces pagaban salud y pensión, las pagaban atrasadas, es decir a veces pagaban un mes, dos meses, a veces no y así sucesivamente. **Preguntado:** Señora TEDIS, desde que fecha trabajó usted con el Hospital Universitario de Sincelejo. **Contestó:** Yo trabajé con el Hospital Universitario de Sincelejo, desde el año 1999 a enero de 2013. **Preguntado:** Que función o que labor desempeñaba usted en el Hospital Universitario de Sincelejo. **Contestó:** Yo trabajé como aseadora en el Hospital Universitario de Sincelejo.

Continúa interrogando el apoderado de la parte demandante.

Preguntado: Señora TEDIS, manifiéstele al despacho durante qué tiempo la señora GLORIA PARRA, trabajo en la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo. **Contestó:** Ella trabajo desde el año 2010 a octubre de 2012. **Preguntado:** Que clase de funciones o qué tipo de funciones, desempeñó la señora GLORIA PARRA, en la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo. **Contestó:** Ella trabajó como auxiliar de enfermería. **Preguntado:** manifiéstele al despacho si durante el tiempo que la señora GLORIA PARRA, trabajó en la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, recibió órdenes de alguna persona en particular del Hospital Universitario de Sincelejo. **Contestó:** Si ella recibía órdenes de las coordinadoras que tuvieron en ese entonces la parte asistencial del Hospital Universitario de Sincelejo, como la jefe BEATRIZ PATERNINA, la jefe BEATRIZ CORTÉS, y la jefe MARTHA VARGAS. **Preguntado:** Manifiéstele al despacho, que tipo de vinculación tuvieron con el Hospital Universitario de Sincelejo, las mencionadas señoras. **Contestó:** ellas fueron unas señoras de planta del Hospital Universitario de Sincelejo. **Preguntado:** Manifiéstele al despacho, si en cumplimiento de las funciones de la señora GLORIA PARRA, como auxiliar de enfermería, en el mencionado hospital, cumplió algún horario de trabajo, en caso afirmativo sírvase explicarle al despacho cual era ese horario de trabajo y quien lo determinaba. **Contestó:** Si, ella yo la vi cumpliendo horarios en las horas de la mañana, de 07:00 a.m. a 01:00 p.m. cuando le tocaba el día siguiente en las horas de la tarde de 01:00 p.m. a 07:00 p.m. y cuando le tocaba en la noche era de 07:00 p.m. a 07:00 a.m. del día siguiente, así sucesivamente, le daban descanso cuando hacia noche. **Preguntado:** Quién

establecía ese horario de trabajo. **Contestó:** Ese horario de trabajo, se los establecieron las jefes que mencione anteriormente, como la jefe BEATRIZ, BEATRIZ PATERNINA, CORTES y la jefe MARTHA VARGAS.

Interroga la apoderada de la parte demandada.

Preguntado: Señora TEDIS, usted manifiesta que durante el tiempo que la señora GLORIA PARRA, trabajo en el hospital, usted manifestó que recibía órdenes del Hospital Universitario de Sincelejo, como le consta a usted esa situación, si la señora GLORIA PARRA, pertenecía a la cooperativa COOTRASOPAL, y usted a otra cooperativa como COOMULSER, como le consta que no recibía órdenes de su cooperativa y si del Hospital Universitario de Sincelejo. **Contestó:** Me consta, porque si usted conoce el Hospital Universitario de Sincelejo, tiene cuatro pisos, tiene una urgencias, tiene la parte administrativa, y por lo menos yo como aseadora, pude ver, cuando estuve en el segundo piso, a veces me mandaban a cirugía a hacer el aseo y yo podía ver a sus coordinadoras de ese entonces, las cuales llegaban o tenían que traer el horario de trabajo, como la jefe BEATRIZ PATERNINA, la jefe BEATRIZ CORTÉS, subían, le hacían una ronda médica, le daban las instrucciones de como tenían que seguir al paciente, el uso que tenían que darle a los implementos de trabajo, y en cuanto al compañerismo, entonces pude darme cuenta que era el personal que nombraba el Hospital Universitario de Sincelejo como coordinadoras al personal de enfermería.”

El testimonio rendido por la señora TEDIS VICTORIA MUNIVE OROZCO, permite probar el elemento subordinación, dado que muestra la sujeción de la actora a una jornada de trabajo, el cumplimiento de turnos previamente asignados; órdenes y directrices impartidas por las jefes de enfermería o coordinadoras de enfermería de la entidad o unidad, así como la ausencia de autonomía e independencia de la accionante en la realización de las funciones.

No se comparte, la apreciación realizada por la apoderada de la parte demandada, respecto de que el testimonio rendido por la señora TEDIS VICTORIA MUNIVE OROZCO, carece de espontaneidad y claridad.

Antes por el contrario, se considera que la declaración rendida por la señora MUNIVE OROZCO, testigo que fue tachada como sospechoso dentro de la oportunidad legal, goza de total credibilidad, en atención a que como quedó establecido en la misma declaración, es una persona que laboró en la entidad demandada, durante el tiempo que la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, además de ello, la forma como contestó los interrogantes formulados por las partes, dan fe del conocimiento que tiene de la situación objeto de estudio en esta actuación procesal. Sumado a ello, se tiene que es normal, que una persona que trabaje todos los días en una entidad de salud, conozca los horarios de trabajo en que laboran los otros empleados del establecimiento, máxime si trabajó en éste por más de 10 años.

Con respecto a la participación de la señora TEDIS MUNIVE OROZCO, como testigo en varios procesos ordinarios laborales, con iguales pretensiones y objeto de demanda; se estima que esa postura no encuentra apoyo probatorio.

Sumado a lo anterior, es importante resaltar, que en el presente asunto se encuentra acreditada la continuidad en el desempeño de las funciones propias del cargo de auxiliar de enfermería por parte de la demandante, en efecto, se observa que las órdenes de prestación de servicios reseñadas y la vinculación a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado, se suscribieron por más de dos años, lo cual reafirma la conclusión, de que el servicio de auxiliar de enfermería que desempeñaba la actora, era de carácter permanente.

Así las cosas, el supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, lleva a concluir que se está en presencia de una verdadera relación laboral subordinada, con presencia de los criterios de continuidad y permanencia establecidos por la Corte Constitucional, disfrazada bajo el ropaje de órdenes de prestación de servicios, razón por la cual, en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53⁴⁷ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, mediante los cuales se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales de la accionante en virtud de su labor

⁴⁷Y es, a esta especial protección al trabajo, a la cual el Despacho le da prevalencia en virtud de mandato constitucional contenido en el artículo 25 de la C. P., sin olvidar igualmente que el trabajo es un derecho fundamental que debe ser garantizado en condiciones dignas y justas, dentro de las cuales esta, el derecho a recibir los beneficios laborales que se generan por la prestación personal de un servicio subordinado.

como Auxiliar de Enfermería en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.

Para reafirmar tal conclusión, respecto al caso concreto, es importante resaltar que el objeto de las entidades hospitalarias, previsto en la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993, hace entrever, que las funciones desempeñadas por la actora, son propias del giro normal de los servicios de salud que se prestan. Al respecto, debe precisarse además, que el cargo de Auxiliar de Enfermería, se encuentra previsto como un empleo público del nivel asistencial dentro del Sistema Nacional de Salud; la organización del Subsector Oficial de Salud de las Entidades Territoriales y sus entes descentralizados, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, y Decreto 785 de marzo 17 de 2005, que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación y funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, lo que permite concluir que se está en presencia de actividades inherentes a la esencia y objeto de la entidad convocada como prestadora del servicio público de salud.

“ARTICULO 3o. DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MÍNIMOS. Establecerse para los diferentes empleos contemplados en los planes de cargos de los diferentes organismos del Subsector Oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, las siguientes denominaciones de cargos, naturaleza de las funciones, funciones y requisitos mínimos:

(...)

AUXILIAR DE ENFERMERIA - 521010

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

Ejecución de labores auxiliares de enfermería en la atención de individuos, familia y comunidad en cualquier nivel de atención de salud.

2. FUNCIONES

- Arreglar la unidad y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como para la estadía del mismo en la institución.

- Realizar acciones de enfermería de baja y mediana complejidad asignadas según las normas y el plan de acción de enfermería de la institución.

- Instruir al paciente y a la familia en el proceso de rehabilitación a seguir.

- Preparar al paciente y colaborar en los medios de diagnóstico y tratamientos especiales.

- Realizar acciones educativas sobre aspectos básicos de salud y promoción del medio ambiente.

- Dar atención de enfermería al paciente durante el tratamiento médico quirúrgico y administrar los medicamentos y cuidados al paciente de acuerdo con órdenes médicas y de enfermería.

Informar oportunamente al profesional responsable sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe en los pacientes, familia, comunidad o medio ambiente.

- Desarrollar actividades recreativas y ocupacionales con los pacientes.

- Esterilizar, preparar y responder por el material, equipo y elementos a su cargo.

- Brindar cuidado directo a los pacientes que requieran atención especial.

- Identificar las dietas especiales para pacientes.

- Prestar primeros auxilios en caso de accidentes.

- Colaborar en la identificación de individuos y grupos de la población expuestos a riesgos de enfermar.

- Informa a individuos y grupos de la comunidad sobre la existencia y utilización de servicios de salud.

- Preparar los servicios de consulta y colaborar con el médico en la prestación del servicio.

- Realizar la vacunación institucional o por canalización y el control de temperatura a la nevera que contiene biológicos.

- Diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo.

- Participar en el adiestramiento y supervisión de la promotora de salud de acuerdo con la programación establecida.

- Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

3. REQUISITOS

3.1 Estudios. Aprobación de cuatro (4) años de educación secundaria y curso de auxiliar de enfermería, con una duración mínima de ochocientos sesenta (860) horas.”

Una vez revisadas las distintas órdenes de prestación de servicios anexadas al expediente, y la certificación expedida por la Cooperativa COOTRASOPAL CTA, se puede constatar, que el objeto establecido en los diversos contratos, es característico de los empleos del nivel asistencial del sector salud contenidos en el Decreto 785 de 2005, lo que permite inferir además que las funciones encomendadas a la actora se

encontraban dentro de las necesidades o actividades que forman parte del giro ordinario de la entidad demandada, puesto que no permitían independencia en el desarrollo de las mismas, dado que requerían de las instrucciones de un superior.

En atención a lo anteriormente referido, se estima que la labor cumplida por los Auxiliares de Enfermería del Hospital Universitario de Sincelejo, lleva comprendida la subordinación en el ejercicio de la actividad, dado que las funciones desempeñadas por la actora, no gozan de un margen de independencia en cuanto al manejo del horario de trabajo, puesto que su labor está supeditada a los turnos asignados por el jefe inmediato; además, no se trata de un servicio que requiera un conocimiento especializado o profesional, que permita la contratación por orden de servicio profesional.

Luego entonces, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el sub examine; esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva; especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, se concluye, que la entidad demandada utilizó equívocamente la figura contractual, para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo de manera subordinada, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de la E.S.E con similares funciones.

Colofón de lo precedentemente expuesto, se declarará la nulidad de los Actos Administrativos contenidos en los oficios N° 00073 de fecha 13 de febrero de 2014 y 25103 de fecha 27 de marzo de 2014, expedido por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, lo que da lugar al pago, a título de reparación del daño, de los valores pactados dentro de los diferentes contratos de prestación de servicios, por el tiempo de duración de los mismos.

En lo atinente a la solicitud de reintegro, se considera que habida cuenta que la actora no estaba vinculada de forma legal y reglamentaria sino en virtud de un contrato de

prestación de servicios, que si bien, tal y como se ha señalado, la configuración del contrato realidad, da lugar a título de reparación del daño al reconocimiento y pago de los derechos prestacionales, ello no implica que resulte procedente el derecho al reintegro a su cargo, pues se insiste la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, no ostentaba la calidad de empleada pública en un cargo de planta de la entidad. En ese sentido, su protección no podrá extenderse a disponer su reintegro a un cargo que en ese momento desempeñó, en virtud de la precaria vinculación contractual existente entre las partes, principalmente porque no se tiene certeza que el objeto del contrato en la actualidad subsiste, tal como lo determina la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, ya citada⁴⁸.

Partiendo de lo expuesto y atendiendo lo enseñado en la sentencia de la Corte Constitucional, traída a colación, y como quiera que se encuentra probado que al momento de la desvinculación de la demandante en la entidad demandada, la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, se encontraba en estado de embarazo, condición que le fue comunicada al ente accionado, tal y como lo demuestra la comunicación enviada a la Coordinadora de Enfermería de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, de fecha 03 de febrero de 2012⁴⁹, y el resultado del examen de embarazo de fecha 04 de noviembre de 2011⁵⁰, se ordenará a la entidad demandada a reconocer las cotizaciones a seguridad social durante el período de gestación y se confirmará la negación de la pretensión de reintegro al cargo desempeñado.

En lo relacionado con la conciliación realizada entre la demandante y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, de fecha 14 de mayo de 2011, se tiene, que la misma recayó sobre compensación ordinaria de seis meses de labor, aporte social individual, compensación semestral, compensación anual diferida, compensación por productividad, descanso remunerado y pago de dotaciones, conceptos muy diferentes al de prestaciones sociales originadas por la configuración del contrato realidad, por lo que no se tendrá en cuenta el monto pagado por tales conceptos como una posible cancelación de las prestaciones sociales causadas durante el tiempo de vinculación de la demandante en la entidad demandada a través de la Cooperativa COOTRASOPAL CTA.

⁴⁸ Sentencia SU 070 de febrero 13 de 2013. Corte Constitucional. M.P. ALEXEI JULIO ESTRADA.

⁴⁹ Folio 25 del Expediente.

⁵⁰ Folio 26 del Expediente.

Por último, se debe apuntar, que no hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal, se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada⁵¹. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre de 2014⁵² mediante la cual se apartó de posición asumida por el H. Consejo de Estado a través de sentencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)⁵³, en el entendido que el término extintivo de los derechos laborales de los trabajadores comienzan a correr una vez sean reconocidos, la que en los casos de contrato realidad, nacen con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que se estudia se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público⁵⁴. Así se desprende que lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P., en tanto consagra el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales.

Reconocimiento que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual se ordenará que al demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados como honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago correspondiente a las prestaciones sociales, se percibirá por los siguientes períodos: 01 de enero de 2010 al 31 de enero de 2011, del 01 de agosto de 2011 al 01

⁵¹Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucia Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.....; Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1º de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08

⁵² Sentencia de Segunda Instancia de la Sala Primera de Decisión Oral- MP: Luis Carlos Álzate Ríos.- radicado: 2013-0018-01-accionante: Brenda Ildelfonsa Arias- accionado: municipio de Sincelejo.

⁵³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección 2da- Subsección A- CP: Luis Rafael Vergara- Radicado: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13); Demandante: Rosalba Jiménez Pérez & Otros- Demandado: Departamento del Cesar.

⁵⁴ Más no la condición de empleado Público.

de enero de 2012, del 02 de enero de 2012 al 02 de febrero de 2012, del 02 de febrero de 2012 al 01 de junio de 2012, del 01 de junio de 2012 al 31 de julio de 2012, del 01 de septiembre de 2012 al 30 de septiembre de 2012, del 01 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2012.

La liquidación la efectuará la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

Así mismo, el tiempo de servicios, y el período de gestación, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora, el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, incluyendo el período de gestación.

Igualmente, no hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada⁵⁵. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre de 2014⁵⁶ mediante la cual se apartó de posición asumida por el H. Consejo de Estado a través de sentencia

⁵⁵Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucía Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.....; Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1º de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08

⁵⁶ Sentencia de Segunda Instancia de la Sala Primera de Decisión Oral- MP: Luis Carlos Álzate Ríos.- radicado: 2013-0018-01- accionante: Brenda Ildefonsa Arias- accionado: municipio de Sincelejo.

del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)⁵⁷, en el entendido que el término extintivo de los derechos laborales de los trabajadores comienzan a correr una vez sean reconocidos, la que en los casos de contrato realidad, nacen con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama.

CONCLUSION:

El problema jurídico inicial es positivo puesto que en este caso se logró demostrar los elementos de la relación laboral, debiéndose ordenar el reconocimiento de las acreencias aquí requeridas, pero con las salvedades de rigor.

4. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

5. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de los actos administrativos contenidos en los oficios N° 00073 de fecha 13 de febrero de 2014 y 25103 de fecha 27 de marzo de 2014, expedido por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, en cuanto negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de

⁵⁷ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección 2da- Subsección A- CP: Luis Rafael Vergara- Radicado: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13); Demandante: Rosalba Jiménez Pérez & Otros- Demandado: Departamento del Cesar.

la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, a reconocer y pagar a la actora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, identificada con C.C. N° 1.102.829.903 expedida en Sincelejo - Sucre, a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por las Auxiliares de Enfermería vinculados mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios, esto es, desde el 01 de enero de 2010 al 31 de enero de 2011, del 01 de agosto de 2011 al 01 de enero de 2012, del 02 de enero de 2012 al 02 de febrero de 2012, del 02 de febrero de 2012 al 01 de junio de 2012, del 01 de junio de 2012 al 31 de julio de 2012, del 01 de septiembre de 2012 al 30 de septiembre de 2012, del 01 de octubre de 2012 al 31 de octubre de 2012, sumas liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios suscritos, y que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señora GLORIA PARRA MARTÍNEZ, bajo la modalidad de órdenes de prestación de servicios y vinculación por medio de Cooperativa de Trabajo Asociado, y las ocasionadas durante el período de gestación, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral y en el período de gestación, en el porcentaje correspondiente al empleador.

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense.

QUINTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SEXTO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso

para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

SÉPTIMO: RECONOCER personería jurídica a la doctora AIDAR MELISA ARRIETA SIERRA, identificada con C.C. N° 64.576.722 expedida en Sincelejo, y tarjeta profesional N° 103.698 del C.S. de la J., para actuar como apoderada de la entidad demandada, conforme al mandato conferido.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PERÉZ MANJARRÉS
JUEZ