JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintitrés (23) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control:	Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado Nº:	70-001-33-33-003-**2016-00068**-00
Demandante:	Yasmin Vergara Valenzuela.
Demandado:	Departamento de Sucre.
Temas:	Contrato realidad.

SENTENCIA Nº 010.

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: **YASMIN VERGARA VALENZUELA**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 64.576.676, quien actuó a través de apoderado judicial[1].

- Demandado: **DEPARTAMENTO DE SUCRE.**

[1] Folio 11 del expediente.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad del Oficio Nº 101.11.04/01 de fecha 09 de diciembre de 2015, expedido por el Jefe de Oficina Jurídica del Departamento de Sucre.

Segunda: Que a título de restablecimiento del derecho, se ordene al Departamento de Sucre, lo siguiente:

- Que reconozca la administración la calidad de empleada pública de la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA, por haberse desempeñado en el cargo de Enfermera Profesional, en el período comprendido del 04 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015.
- Que se reconozca y cancele a la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA, los siguientes conceptos salariales y prestacionales: las asignaciones básicas mensuales en el período comprendido del 04 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015, la cancelación de las prestaciones sociales tales como prima de navidad, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por recreación, viáticos y gastos de viaje, cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riegos profesionales, aportes al fondo de cesantías con sus respectivos intereses, sanción moratoria de conformidad con el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías en los términos legales, y los demás emolumentos a que halla lugar.

Tercera: Que los valores sean actualizados y se de cumplimiento a la respectiva sentencia en los términos del artículo 192 de la ley 1437 de 2011.

Cuarto: Que se condene en costas a la entidad demandada.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA, laboró para la Secretaría de Salud del Departamento de Sucre - DASSALUD, como Enfermera Profesional, vinculado a través de contratos de prestación de servicios, desde el día 04 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015.

Señala que, la actora en la prestación de sus servicios, recibía órdenes directas de los empleados públicos del nivel directivo de DASSALUD SUCRE hoy Secretaría de Salud Departamental de Sucre.

Anota que, la demandante cumplía un horario de trabajo entre las 08:00 a.m. a 12:00 m y 02:00 p.m. a 06:00 p.m. recibiendo como última remuneración la suma de $2.500.000.

Relata que, dada la continuidad en el cumplimiento de las funciones que desempeñaba la accionante, el cumplimiento de horarios y el recibo de órdenes, se evidencia el elemento subordinación propio de una relación laboral.

Apunta que, a la fecha la entidad demandada no le ha cancelado a la demandante las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales a que tiene derecho en virtud de la relación laboral que existió entre las partes.

Refiere que, mediante derecho de petición de fecha 23 de noviembre de 2015, solicitó al Departamento de Sucre, el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho, obteniendo una respuesta negativa, contenida en el oficio 101.11.04/05 del 09 de diciembre de 2015.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitución Política: Artículos 2, 6, 13, 25, 29, 53, 93, 122, 123 y 125.

Legales: Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1919 de 2002; Ley 909 de 2004.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, se trasgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuanto se desconocieron las obligaciones en ella contenidas, los empleados públicos tienen derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores se hagan con plena observancia de las normas que regulan la función

pública, pues de lo contrario, se generan irregularidades en las formas de vinculación de personal, en desmedro de los derechos que le asisten a las personas que laboran con el Estado.

Explica que, en el presente caso, se debe aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidos para los sujetos de las relaciones laborales, prevista en el artículo 53 de la carta política, y que se observa claramente que bajo la apariencia de un contrato se pretende ocultar una relación legal o estatutaria.

Sostiene que, el vínculo que ata a la demandante con la administración es de índole laboral y se acredita con la actividad personal, el horario de trabajo y la subordinación permanente a las autoridades del ente territorial.

Demarca que, la accionante quien fue vinculada como enfermera profesional, cumplía funciones propias de un servidor público, por lo que debía ser nombrada a través de un acto administrativo en forma legal y reglamentaria. Además hay que tener en cuenta que en la planta de personal de la entidad existen cargos afines al que ejercía la actora.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 15 de abril de 2016[2].
- A través de auto de fecha 22 de julio de 2016[3], se admite la demanda.
- La demanda fue notificada a las partes el 30 de agosto de 2016[4].
- La entidad demandada, contestó la demanda el día 08 de noviembre de 2016[5].
- Mediante auto del 24 de mayo de 2017[6], se fija el 09 de agosto de 2017 a partir de las 09:30 a.m., para realización de audiencia inicial.
- El día 09 de agosto de 2017[7], se llevó a cabo audiencia inicial, fijándose el día 15 de noviembre de 2017 a partir de las 03:40 p.m. para la realización de audiencia de pruebas.

[2] Folio 75 del Expediente.
[3] Folio 77 del Expediente.
[4] Folio 82 - 84 del Expediente.
[5] Folio 91 - 158 del Expediente.
[6] Folio 171 del Expediente.
[7] Folio 183 – 186 del Expediente.

- Con fecha 15 de noviembre de 2017[8], se celebra la audiencia de pruebas, dando por agotado el período probatoria y corriendo traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.
- La apoderada de la entidad demandada, mediante memorial presentado ante este despacho el día 20 de noviembre de 2017[9], allega alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[10].

El DEPARTAMENTO DE SUCRE, contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Frente a los hechos, la entidad demandada acepta como ciertos, el hecho noveno y décimo segundo, que hacen referencia a la reclamación administrativa elevada por la actora con fecha 23 de noviembre de 2015 y al agotamiento de la conciliación extrajudicial ante el Ministerio Público con resultado fallido. Sobre los hechos primero y décimo establece que son parcialmente ciertos. Cataloga como falsos los hechos segundo, tercero, cuarto, sexto, séptimo, octavo y décimo primero. Del hecho quinto indica que no le consta.

Como argumentos de su posición advierten que, los contratos de prestación de servicios que suscribió el Departamento de Sucre con la accionante, se desarrollaron atendiendo lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, debido a que la entidad no contaba con el personal suficiente de planta que pudiera cumplir con las actividades propias de la Secretaría de Salud Departamental, siendo esta situación uno de los requisitos legales para la realización de contratos de prestación de servicios con personas naturales, los cuales conforme al mismo texto legal no generan el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Alega que, la demandante estuvo prestando sus servicios en varias oportunidades a la entidad demandada como contratista independiente, para lo cual se celebraron varios contratos de prestación de servicios, de forma interrumpida, conforme a la oferta presentada por la actora, para el cumplimiento del objeto señalado en cada uno de ellos, desarrollada por la accionante por su propia cuenta, de manera autónoma, sin subordinación alguna, ya que las actividades de trabajo solamente se refirieron a las

[8] Folio 190 – 191 del Expediente.
[9] Folio 194 – 196 del Expediente.
[10] Folio 100 - 106 del Expediente.

obligaciones contractuales que debía cumplir la contratista y no para demostrar subordinación.

Describe que, la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA, es una contratista independiente, que no estaba bajo la subordinación del Departamento de Sucre, no prestaba en forma personal sus servicios a su entidad, ya que su vinculación era para realizar actividades específicas en la Secretaría de Salud Departamental.

Expresa que, la actora tenía una labor específica a desarrollar de acuerdo con su experiencia, la cual realizó de forma independiente y autónoma, durante el tiempo estipulado en el contrato de prestación de servicios profesionales, por el que recibió sus honorarios. Cumpliéndose así con las características establecidas dentro de un contrato de prestación de servicios, vinculación que no genera el pago de prestaciones sociales.

Concluye que, no existe mérito jurídico para desnaturalizar la existencia y autonomía del contrato de prestación de servicios para convertirlo en un contrato de trabajo como se pretende, desconociendo las normas que rigen este tipo de contratos y entrar a crear un vínculo laboral inexistente sobre normas que no le son aplicables. La ley 80 de 1993, en su artículo 32, es clara al establecer que no existe relación laboral ni lugar al reconocimiento de prestaciones en los contratos de prestación de servicios.

Propone como excepción la de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe y prescripción.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE[11]:

No presentó alegatos de conclusión.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA[12]:

Argumenta que, los contratos de prestación de servicios que suscribió el Departamento de Sucre, con la actora, se desarrollaron atendiendo lo dispuesto en el

[11] Folio 204 - 213 del Expediente.
[12] Folio 194 - 196 del Expediente.

numeral 3º del artículo 32 de la ley 80 de 1993, debido a que la entidad no contaba con el personal suficiente de planta que pudiera cumplir con las actividades propias de la Secretaría de Salud Departamental, siendo esta situación uno de los requisitos legales para la realización de contratos de prestación de servicios con personas naturales; los cuales conforme al mismo contexto legal no generan el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Afirma que, si bien es cierto que entre las partes se celebraron contratos de prestación de servicios, no lo es el hecho que exista alguna relación laboral entre ambos, y mucho menos se desprenda una obligación por parte de esta entidad con la actora en la cancelación de prestaciones sociales, porque la naturaleza jurídica del contrato no lo permite.

Estipula que, la demandante tenía una labor específica a desarrollar de acuerdo con su experiencia, la cual realizó de forma independiente y autónoma, durante el tiempo estipulado en el contrato de prestación de servicios profesionales, por el que recibió sus honorarios; así mismo ella era la encargada de hacer su afiliación al sistema de seguridad social en salud, pensión y ARL, y por no existir vínculo laboral no se generó el derecho al pago de prestaciones sociales.

Asevera que, la demandante desde el comienzo sabía cuál era su vínculo con el Departamento de Sucre y estuvo de acuerdo al suscribir dichos contratos convirtiéndolos en ley para las partes, los cuales no podían invalidarse sino por consentimiento mutuo o por errores legales, que no se dieron.

Agrega que, la coordinación entre varias personas que en virtud de un contrato administrativo de prestación de servicios deben cumplir similares obligaciones en un mismo sitio de trabajo, no necesariamente implica que exista subordinación o dependencia, sino una necesaria distribución de tareas, para que el encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el acuerdo de voluntades, pueda establecer cual o cuales contratistas lo están haciendo a cabalidad y quienes no, para aplicar las causales pertinentes.

Por último dice que, en todo contrato existe una supervisión o interventoría para constatar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes, y ello no conlleva a que exista una subordinación o dependencia del contratista al supervisor,

máxime si son contratos de tracto sucesivo en los que permanentemente se deben rendir informes.

1.4.3. MINISTERIO DE PÚBLICO:

Se abstuvo de emitir 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 del acto administrativo contenido en el Oficio Nº 101.11.04/01 de fecha 09 de diciembre de 2015[13], expedido por el Jefe de Oficina Jurídica del Departamento de Sucre, mediante la cual se negó la relación laboral existente entre el ente demandado y la señora JASMIN VERGARA VALENZUELA, durante el tiempo que la actora se desempeñó como Enfermera Profesional, contratada bajo la modalidad de órdenes o contratos de prestación de servicios.

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 de la demandante con el DEPARTAMENTO DE SUCRE, como Enfermera Profesional, durante el período comprendido entre el 04 de enero de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2015?

[13] Folio 19 - 21 del expediente.

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; (ii) Prueba de los elementos del contrato realidad; (iii) 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 1996, 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".

Sobre el preciso tema del personal de la salud vinculado a través de órdenes de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado, en sentencia de fecha 30 de marzo de 2016 el Tribunal Administrativo de Sucre concluyó.

"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 enfermerías, 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.

2.4.1. 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 el 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 constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral"[14].

2.6. 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 vinculada como Enfermera Profesional, en el DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE SALUD, de forma continua, mediante contratos 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:

- Copia de reclamación administrativa presentada por la demandante el 23 de noviembre de 2015[15], ante la Gobernación de Sucre.
- Oficio Nº 101.11.04/OJ de fecha 09 de diciembre de 2015[16], mediante el cual la Gobernación de Sucre, a través del Jefe de Oficina Jurídica, resuelve petición de fecha 23 de diciembre de 2015, negativamente.
- Contrato Prestación de Servicios Profesionales N° 100 de fecha 04 de enero de 2011[17], por el término de 11 meses y 15 días.
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal Nº 025 de fecha 04 de enero de 2011[18].
- Copia del registro presupuestal Nº 025 de fecha 04 de enero de 2011[19].
- Contrato Prestación de Servicios Profesionales PS N° 70-118 de fecha 14 marzo de 2012[20], por el término de 5 meses.
- Copia del registro presupuestal Nº 672 de fecha 14 de marzo de 2012[21].
- Contrato Prestación de Servicios Profesionales N° 70-407 de fecha 09 de octubre de 2012[22], por el término de 2 meses más 20 días.
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal Nº 2727 de fecha 27 de agosto de 2012[23].

[14]Expediente radicado 05001233100019990140601. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.
[15] Folio 13 - 17 del Expediente.
[16] Folio 19 - 21 del expediente.
[17] Folio 60 - 62 del Expediente.
[18] Folio 64 del Expediente.
[19] Folio 63 del Expediente.
[20] Folio 28 - 32 del Expediente.
[21] Folio 33 del Expediente.
[22] Folio 52 - 56 del Expediente.
[23] Folio 59 del Expediente.

- Copia del registro presupuestal Nº 3190 de fecha 09 de octubre de 2012[24].
- Contrato Prestación de Servicios Profesionales N° 112-2013 de fecha 25 de enero de 2013[25], por el término de 6 meses.
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal Nº 102 de fecha 03 de enero de 2013[26].
- Copia del registro presupuestal Nº 262 de fecha 29 de enero de 2013[27].
- Contrato Prestación de Servicios Profesionales N°318-2013 de fecha 30 de julio de 2013[28], por el término de 5 meses.
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal Nº 2764 de fecha 23 de julio de 2013[29].
- Copia del registro presupuestal Nº 2785 de fecha 30 de julio de 2013[30].
- Contrato Prestación de Servicios Profesionales N°116-2014 de fecha 22 de enero de 2014[31], por el término de 11 meses.
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal Nº 160 de fecha 02 de enero de 2014[32].
- Copia del registro presupuestal Nº 172 de fecha 22 de enero de 2014[33].
- Contrato Prestación de Servicios Profesionales N°184-2015 de fecha 16 de febrero de 2015[34], por el término de 10 meses más 10 días.
- Copia del certificado de disponibilidad presupuestal Nº 401 de fecha 09 de febrero de 2015[35].
- Copia del registro presupuestal Nº 595 de fecha 16 de febrero de 2015[36].
- Certificado de tiempo de servicios y honorarios devengados por la accionante, período 2011, expedido por la Líder de programa de recursos Humanos de la Gobernación de Sucre, de fecha 06 de noviembre de 2015[37].
- Certificado de tiempo de servicios y honorarios devengados por la accionante, expedido por el Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Sucre, de fecha 28 de octubre de 2015[38].

[24] Folio 58 del Expediente.
[25] Folio 46 - 49 del Expediente.
[26] Folio 51 del Expediente.
[27] Folio 50 del Expediente.
[28] Folio 40 - 43 del Expediente.
[29] Folio 45 del Expediente.
[30] Folio 44 del Expediente.
[31] Folio 34 - 37 del Expediente.
[32] Folio 39 del Expediente.
[33] Folio 38 del Expediente.
[34] Folio 23 - 26 del Expediente.
[35] Folio 22 del Expediente.
[36] Folio 27 del Expediente.
[37] Folio 65 del Expediente.
[38] Folio 66 del Expediente.

- Constancia de Conciliación Extrajudicial, celebrada entre las partes de fecha 16 de marzo de 2016[39], expedida por la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo.
- Acta de Conciliación Extrajudicial, celebrada entre las partes con fecha 16 de marzo de 2016[40], ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, con resultado fallido.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, anteriormente relacionadas, se encuentra acreditado que la demandante señora YASMIN VERGARA VALENZUELA, suscribió varios contratos de prestación de servicios con el DEPARTAMENTO DE SURE – SECRETARÍA DE SALUD, desempeñando para el efecto el cargo de Enfermera Profesional, cuyo objeto era "PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y DESARROLLO DE LA ESTRATEGIA AIEPI CLÍNICO Y COMUNITARIO" y "PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES Y DE APOYO A LA GESTIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA DIMENSIÓN TRANSVERSAL GESTIÓN DIFERENCIAL DE POBLACIONES VULNERABLES DEL PLAN DECENAL DE SALUD PÚBLICA", en los siguientes períodos: Del 04 de enero de 2011 hasta el 19 de diciembre de 2011[41]; del 14 de marzo de 2012 hasta el 14 de agosto de 2012[42]; del 09 de octubre de 2012 hasta el 29 de diciembre de 2012[43]; del 25 de enero de 2013 hasta el 25 de julio de 2013[44]; del 30 de julio de 2013 hasta el 30 de diciembre de 2013[45]; del 22 de enero de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2014[46]; y del 16 de febrero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015[47]. Percibiendo como última remuneración la suma de $2.500.000. Como prueba de ello se aportaron las diferentes órdenes o contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes.

Del material probatorio arrimado e incorporado a la actuación, 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 lo que se reafirma la configuración de los dos primeros elementos de la relación laboral, estos es i) prestación personal del servicio y ii) remuneración.

[39] Folio 67 - 68 del Expediente.
[40] Folio 69 - 73 del Expediente.
[41] Folio 60 - 62 del Expediente.
[42] Folio 28 - 32 del Expediente.
[43] Folio 52 - 56 del Expediente.
[44] Folio 46 - 49 del Expediente.
[45] Folio 40 - 43 del Expediente.
[46] Folio 34 - 37 del Expediente.
[47] Folio 23 - 26 del Expediente.

En relación con el elemento subordinación, como antes se mencionó, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, a pesar del escaso material probatorio arrimado al proceso, se considera demostrada.

Respecto al caso concreto, es importante resaltar que de conformidad con la ley 715 de 2001, corresponde a los Departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia.

Para tal efecto, el articulo 43 ibídem, expresa las funciones que debe cumplir tal entidad territorial con respecto a la dirección del sector salud y en lo referente a salud pública, en los siguientes términos:

> *"Artículo 43.COMPETENCIAS DE LOS DEPARTAMENTOS EN SALUD. Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones:*
>
> ***43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.***
>
> *43.1.1. Formular planes, programas y proyectos para el desarrollo del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud en armonía con las disposiciones del orden nacional.*
>
> *43.1.2. Adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar, en el ámbito departamental las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que formule y expida la Nación o en armonía con éstas.*
>
> *43.1.3. Prestar asistencia técnica y asesoría a los municipios e instituciones públicas que prestan servicios de salud, en su jurisdicción.*
>
> *43.1.4. Supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud.*

43.1.5. Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud, así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes.

43.1.6. Adoptar, implementar, administrar y coordinar la operación en su territorio del sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.

43.1.7. Promover la participación social y la promoción del ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud.

43.1.8. <Numeral modificado por el artículo 2 de la Ley 1446 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Financiar los Tribunales Seccionales de Ética Médica y Odontológica y los Tribunales Departamentales y Distritales Éticos de Enfermería y vigilar la correcta utilización de los recursos.

43.1.9. Promover planes, programas, estrategias y proyectos en salud para su inclusión en los planes y programas nacionales.

43.1.10. Ejecutar las acciones inherentes a la atención en salud de las personas declaradas por vía judicial como inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, con los recursos nacionales de destinación específica que para tal efecto transfiera la Nación.

…

43.3. De Salud Pública

43.3.1. Adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación.

43.3.2. Garantizar la financiación y la prestación de los servicios de laboratorio de salud pública directamente o por contratación.

43.3.3. Establecer la situación de salud en el departamento y propender por su mejoramiento.

43.3.4. <Numeral modificado por el artículo 5 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Formular y ejecutar el Plan de Intervenciones Colectivas departamentales.

43.3.5. Monitorear y evaluar la ejecución de los planes y acciones en salud pública de los municipios de su jurisdicción.

43.3.6. Dirigir y controlar dentro de su jurisdicción el Sistema de Vigilancia en Salud Pública.

43.3.7. Vigilar y controlar, en coordinación con el Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, y el Fondo Nacional de Estupefacientes, la producción, expendio, comercialización y distribución de medicamentos, incluyendo aquellos que causen dependencia o efectos psicoactivos potencialmente dañinos para la salud y sustancias potencialmente tóxicas.

43.3.8. Ejecutar las acciones de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana, y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las autoridades ambientales, en los corregimientos departamentales y en los municipios de categorías 4a., 5a. y 6a. de su jurisdicción.

43.3.9. <Numeral modificado por el artículo 5 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Asistir técnicamente y supervisar a los municipios, en la prestación del Plan de Intervenciones Colectivas, y las acciones de salud pública individuales que se realicen en su jurisdicción. El Ministerio de la Protección Social reglamentará el proceso de asistencia técnica, con recursos financieros, tecnológicos, humanos, gestión de procesos y resultados esperados.

43.3.10 <Numeral adicionado por el artículo 5 de la Ley 1438 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Coordinar y controlar la organización y operación de los servicios de salud bajo la estrategia de la Atención Primaria en Salud a nivel departamental y distrital.

Lo anterior, pone de presente que las funciones desempeñadas por la accionante, son propias de las competencias en salud asignadas al DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE SALUD, pues la implementación y desarrollo de la estrategia AIEPI, que se estableció como el objeto de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, no es otra cosa que una atención integrada a las enfermedades

prevalentes de la infancia, lo cual constituye una de las funciones principales de un ente territorial para el sector salud y que sin lugar a dudas es una competencia de carácter permanente.

El cargo de Enfermera Profesional, se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional 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, clasificación, 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 directora del sector salud y encargada de la salud pública.

> *"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:*
>
> *(…)*
>
> ***ENFERMERO – 32025***
>
> ***NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO.***
>
> *Programar, ejecutar, supervisar, controlar y evaluar las acciones de enfermería en cualquier nivel de atención, con el fin de brindar cuidado integral conjuntamente con el equipo interdisciplinario al paciente, familia y comunidad de acuerdo con las políticas locales, seccionales y nacionales de salud.*
>
> ***2. FUNCIONES.***
>
> *- Valorar el estado de salud de la población del área de influencia a través del diagnóstico de la situación de salud.*

- Ejecutar tratamientos de enfermería de mayor responsabilidad a personas, familia y grupos de la comunidad.

- Participar en la revista médica y de enfermería y en otro tipo de estudios clínicos y responder por los tratamientos de los pacientes.

- Ejercer control sobre la aplicación de métodos y procedimientos de enfermería a los usuarios.

- Revisar historias clínicas e instrucciones médicas de todos los casos de hospitalización o ambulatorias a su cargo.

- Presentar oportunamente al jefe inmediato las situaciones de emergencia y riesgos que se presenten en el área.

- Controlar el estado y funcionamiento de equipos, instrumentos y elementos de servicios bajo su cargo.

- Promover la participación de la comunidad en actividades de salud e impulsar la conformación de comités de salud y formación de líderes.

- Participar en investigaciones de tipo aplicado tendientes a esclarecer las causas y soluciones a los problemas de salud de la comunidad.

- Participar como instructor en la capacitación, adiestramiento e instrucción al personal relacionado con el área.

- Participar en la actualización del Manual de Normas y procedimientos del área.

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

3. REQUISITOS.

3.1 Estudio. Título de formación universitaria en enfermería.

ENFERMERO COMUNITARIO. – 321030.

NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO.

1. Planear, organizar, supervisar, evaluar y controlar el trabajo comunitario del promotor de salud y de las auxiliares de enfermería de las UPAS para apoyar el desarrollo del primero nivel de atención.

2. FUNCIONES.

- Participar en la promoción y motivación de la comunidad y en la selección de los aspirantes o promotores de salud.

- Participar en los cursos de capacitación de los promotores de salud y auxiliares de enfermería.

- Programar conjuntamente con los auxiliares y promotores las actividades para el cumplimiento de las metas propuestas.

- Coordinar, asesorar, supervisar, evaluar y controlar los programas y actividades de los auxiliares de enfermería y promotores de salud.

- Administrar el programa de servicios esenciales de salud.

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

3. REQUISITOS.

3.1 Estudios. Título de formación universitaria en enfermería.

3.2 Experiencia. Un (1) año de experiencia relacionada.

"DECRETO 785 DE 2005.

…

Artículo 18: *Nivel Profesional. El Nivel Profesional está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación especifica de empleos.*

COD. DENOMINACION DEL EMPLEO.

…

243. Enfermero."

Una vez revisadas las distintas órdenes de prestación de servicios anexadas al expediente y las funciones establecidas legalmente para el cargo de Enfermera Profesional, se puede afirmar que la demandante debía ejercer sus funciones en la entidad territorial demandada, respetando un horario de trabajo, el cual necesariamente debía establecerlo el DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE SALUD, limitando con ello la autonomía de la accionante, aunado a ello, obligaciones como realizar seguimiento a las E.S.E. municipales priorizadas con deficiencias en el desarrollo de la estrategia; realizar asistencia técnica a las DLS, I.PS., Red Unidos del Departamento; realizar socialización de la estrategia con médicos de I.P.S., secretarios de salud, coordinadores unidos; participar en el análisis de casos de muertes infantiles; levantar planes de acción AIEPI con Red Unidos y secretarías de salud; y presentar informes consolidados sobre las actividades realizadas, permiten concluir que la demandante prestaba sus servicios de manera permanente, ya que, de lo contrario se afectaba la prestación del servicio de salud, a cargo del DEPARTAMENTO DE SUCRE, circunstancias que dan cuenta de la subordinación existente entre el actor y dicha entidad.

Se encuentra probada la continuidad en el desempeño de las funciones, como Enfermera Profesional, por parte de la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA. Claramente se evidencia que se suscribieron 7 contratos de prestación de servicios, desde el año 2011 hasta el año 2015, la mayoría de ellos de manera sucesiva, lo cual reafirma la conclusión, de que el servicio que desempeñaba la accionante, era de carácter permanente en la entidad demandada, por consiguiente, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así, la temporalidad y transitoriedad característica de los contratos de prestación de servicios.

Existen evidencias claras y material probatorio suficiente que permite afirmar que la labor realizada por la demandante, dista mucho de ser independiente, y por el contrario, como se acreditó en el plenario, este debía someterse a horario de trabajo, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación. Pues la actividad del contratista no era de aquellas que se ejercen de manera autónoma e independiente, pues requería la necesaria subordinación a las pautas y horarios fijados por el personal encargado del DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE SALUD.

Así las cosas, 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 caso bajo examen; 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, 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 el DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE SALUD, de manera subordinada, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de la entidad territorial con similares funciones.

Colofón de lo precedentemente expuesto, se declarará la nulidad del Acto administrativo contenido en el Oficio Nº 101.11.04/OJ de fecha 09 de diciembre de 2015[48], expedido por el DEPARTAMENTO DE SUCRE – OFICINA JURIDICA, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral en los siguientes períodos: Del 04 de enero de 2011 hasta el 19 de diciembre de 2011[49]; del 14 de marzo de 2012 hasta el 14 de agosto de 2012[50]; del 09 de octubre de 2012 hasta el 29 de diciembre de 2012[51]; del 25 de enero de 2013 hasta el 25 de julio de 2013[52]; del 30 de julio de 2013 hasta el 30 de diciembre de 2013[53]; del 22 de enero de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2014[54]; y del 16 de febrero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015[55], lo que da lugar al pago, a título de restablecimiento del derecho,

[48] Folio 19 - 21 del expediente.
[49] Folio 60 - 62 del Expediente.
[50] Folio 28 - 32 del Expediente.
[51] Folio 52 - 56 del Expediente.
[52] Folio 46 - 49 del Expediente.
[53] Folio 40 - 43 del Expediente.
[54] Folio 34 - 37 del Expediente.
[55] Folio 23 - 26 del Expediente.

de las prestaciones sociales comunes devengadas por servidores públicos con similares funciones, vinculados mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, sobre los valores pactados dentro de los diferentes contratos de prestación de servicios, por el tiempo de duración de los mismos.

Con respecto a la excepción propuesta; esto es, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y mala fe de la demandante, se encuentra que las mismas no tienen vocación de prosperidad, por cuanto la actora, logró desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el acto administrativo demandado, toda vez que si existió una relación laboral entre la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA y el DEPARTAMENTO DE SUCRE, por la configuración de los tres elementos que la integran.

En atención a la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria, se debe indicar que se negará, teniendo en cuenta que es sólo a partir de ésta sentencia que surgiría el derecho para la actora y la obligación para el DEPARTAMENTO DE SUCRE, del pago del auxilio de cesantías, y por tanto, no puede predicarse que exista mora en el reconocimiento ni en el pago de la misma por parte del ente accionado, condición necesaria para que sea viable la condena por dicho concepto.

En referencia a la devolución de los aportes a salud y pensiones pagados, se negará, pues si bien, dentro de la actuación, se acreditó la existencia de una verdadera relación laboral, demostrando el inadecuado uso que se dio al contrato de prestación de servicios por parte de la entidad territorial demandada, este hecho, solo da lugar al reconocimiento a título de restablecimiento del derecho, de las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria en dicho establecimiento, pues el suceso que se reconozca la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, no le otorga automáticamente al demandante, la condición de empleado público y la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.

Por último, se debe apuntar, que este despacho, considera necesario pronunciarse frente al tema de la prescripción en los contratos realidad, ante lo cual se acoge el

criterio de unificación del Consejo de Estado[56], consignado en la sentencia CE-SUJ2-005-16 de fecha 25 de agosto de 2016. Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15). M.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, que estableció.

> ***"3.5 Síntesis de la Sala**. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:*
>
> *i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*
>
> *ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
>
> *iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
>
> *iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*
>
> *v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*

[56] Por ser de obligatorio cumplimiento según el artículo 102 del CPACA.

vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados."

Frente al caso concreto se tiene que, en el medio de control seleccionado, la actora pide el reconocimiento y pago de las prestaciones definitivas tales como: prima de navidad, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por recreación, viáticos y gastos de viaje, cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riegos profesionales, aportes al fondo de cesantías con sus respectivos intereses, sanción moratoria de conformidad con el artículo 99 de la ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías en los términos legales, porque prestó sus servicios como Enfermera Profesional en el DEPARTAMENTO DE SUCRE – SECRETARÍA DE SALUD, por lo que el término de prescripción extintiva a tener en cuenta, será de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual.

De conformidad con las pruebas recaudadas, como ya se advirtió en precedencia, la actora prestó sus servicios por medio de contratos de prestación de servicios, en los siguientes períodos: Del 04 de enero de 2011 hasta el 19 de diciembre de 2011[57]; del

[57] Folio 60 - 62 del Expediente.

14 de marzo de 2012 hasta el 14 de agosto de 2012[58]; del 09 de octubre de 2012 hasta el 29 de diciembre de 2012[59]; del 25 de enero de 2013 hasta el 25 de julio de 2013[60]; del 30 de julio de 2013 hasta el 30 de diciembre de 2013[61]; del 22 de enero de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2014[62]; y del 16 de febrero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015[63].

La demandante presentó reclamación ante su empleador solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y emolumentos laborales a que había lugar, el día 23 de noviembre de 2015[64].

Por consiguiente, como quiera que el último de los contratos suscritos por la accionante culminó el día 31 de diciembre de 2015[65] y la reclamación la formuló durante la existencia de su relación laboral, resulta procedente conceder los emolumentos deprecados, por cuanto se reclamaron oportunamente.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Corolario de todo lo expuesto, se decretará la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio Nº 101.11.04/OJ de fecha 09 de diciembre de 2015[66], expedido por el DEPARTAMENTO DE SUCRE – OFICINA JURÍDICA, y el consecuente 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 público[67]. 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 nueva tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de restablecimiento del derecho, razón por la cual se ordenará que a la demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos vinculados mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, reconocimiento

[58] Folio 28 - 32 del Expediente.
[59] Folio 52 - 56 del Expediente.
[60] Folio 46 - 49 del Expediente.
[61] Folio 40 - 43 del Expediente.
[62] Folio 34 - 37 del Expediente.
[63] Folio 23 - 26 del Expediente.
[64] Folio 13- 17 del expediente.
[65] Folio 23 - 26 del Expediente.
[66] Folio 19 - 21 del expediente.
[67] Más no la condición de empleado Público.

que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago se percibirá por los siguientes periodos: Del 04 de enero de 2011 hasta el 19 de diciembre de 2011[68]; del 14 de marzo de 2012 hasta el 14 de agosto de 2012[69]; del 09 de octubre de 2012 hasta el 29 de diciembre de 2012[70]; del 25 de enero de 2013 hasta el 25 de julio de 2013[71]; del 30 de julio de 2013 hasta el 30 de diciembre de 2013[72]; del 22 de enero de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2014[73]; y del 16 de febrero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015[74].

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, 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 el DEPARTAMENTO DE SUCRE.

Igualmente, no hay lugar a declarar la prescripción como excepción, porque desde la fecha de terminación de la relación laboral entre las partes, hasta la presentación de

[68] Folio 60 - 62 del Expediente.
[69] Folio 28 - 32 del Expediente.
[70] Folio 52 - 56 del Expediente.
[71] Folio 46 - 49 del Expediente.
[72] Folio 40 - 43 del Expediente.
[73] Folio 34 - 37 del Expediente.
[74] Folio 23 - 26 del Expediente.

la demanda, no han trascurrido más de tres años, termino extintivo del derecho frente a este tipo de reclamaciones.

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 392 y 393 del CPC. Las agencias en derecho se establecen en favor de la parte demandante, en porcentaje del CINCO (5%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme 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 del acto administrativo contenido en el Oficio Nº 101.11.04/OJ de fecha 09 de diciembre de 2015[75], expedido por el DEPARTAMENTO DE SUCRE – OFICINA JURÍDICA, en cuanto negó el reconocimiento de la relación laboral entre las partes y el pago de las prestaciones sociales de la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

[75] Folio 19 - 21 del expediente.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** al DEPARTAMENTO DE SUCRE, a reconocer y pagar a la actora YASMIN VERGARA VALENZUELA, identificada con C.C. N° 64.576.676, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por las Enfermeras Profesionales vinculadas mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios, esto del 04 de enero de 2011 hasta el 19 de diciembre de 2011[76]; del 14 de marzo de 2012 hasta el 14 de agosto de 2012[77]; del 09 de octubre de 2012 hasta el 29 de diciembre de 2012[78]; del 25 de enero de 2013 hasta el 25 de julio de 2013[79]; del 30 de julio de 2013 hasta el 30 de diciembre de 2013[80]; del 22 de enero de 2014 hasta el 22 de diciembre de 2014[81]; y del 16 de febrero de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015[82], sumas liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios, al igual que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señora YASMIN VERGARA VALENZUELA, bajo la modalidad de contrato u órdenes de prestación de servicios laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena al DEPARTAMENTO DE SUCRE, 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 en el porcentaje correspondiente al empleador.

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

CUARTO: CONDÉNASE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen a favor de la parte demandante, en porcentaje del CINCO (5%) por ciento de las pretensiones reconocidas, conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

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

---

[76] Folio 60 - 62 del Expediente.
[77] Folio 28 - 32 del Expediente.
[78] Folio 52 - 56 del Expediente.
[79] Folio 46 - 49 del Expediente.
[80] Folio 40 - 43 del Expediente.
[81] Folio 34 - 37 del Expediente.
[82] Folio 23 - 26 del Expediente.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARÉS
JUEZ