



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

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

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00146-00
Demandante: María del Rosario Montiel Agresoth.
Demandado: E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo.

Temas: Contrato realidad.

SENTENCIA N° 031

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: MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, identificada con la cédula de ciudadanía N° 64.921.657, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTIAGO DE TOLÚ SUCRE.

¹ Folio 9 del expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad del acto ficto negativo del hospital local Santiago de tolú e.se, derivado del silencio administrativo de la petición radicada el día 13 de enero de 2016.

Segunda: Que ha título de restablecimiento del derecho se ordene al hospital local de Santiago de tolú, que pague las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales causados entre el 4 de noviembre de 2011 a 28 de febrero de 2013; tales como las cesantías, prima de navidad, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, bonificaciones de servicios, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, liquidados con base en la asignación básica devengada por los auxiliares de enfermería de planta de la entidad demandada.

Tercera: que pague la seguridad social en salud y pensión del período comprendido entre el 4 de noviembre de 2011 hasta el 28 de febrero de 2013.

Cuarta: Que se le cancelen los salarios de enero, febrero marzo, abril mayo, junio , julio agosto septiembre, octubre noviembre y diciembre del años 2012.

Quinto: que se condene en costas a la parte demandada

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, la señora MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, laboró para el HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E., como auxiliar de enfermería, vinculada a través contratos y órdenes de prestación de servicios, desde el 04 de noviembre de 2011 hasta el 28 de febrero de 2013.

Señala que, prestó sus servicios en la entidad demandada, bajo subordinación y dependencia del empleador, toda vez que cumplía un reglamento de trabajo, un horario asignado por el Jefe de Recursos Humanos de la entidad, de quien recibía órdenes y utilizaba para la prestación del servicio elementos de propiedad del HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E., devengando un salario mensual de \$800.000.

Refiere que, el cargo de Auxiliar de Enfermería existe en la planta de personal de la entidad demandada.

Expresa que, mediante derecho de petición de fecha 13 de enero de 2016, solicitó al HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E., el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho y de los salarios adeudados, reclamación que no ha sido resuelta por la entidad accionada operando el silencio administrativo negativo.

Relata que, el día 23 de agosto de 2016, se celebró audiencia de conciliación extrajudicial entre las partes ante el Ministerio Público, con resultado fallido.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitución Política: Arts. 13, 23, 53 de CN.

Legales: Ley 1437 de 2011, ley 344 de 1996, decreto 1582 de 1998, ley 5 de 1990, ley 244 de 1995.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, con todos los presupuestos fácticos se demuestran una típica relación laboral administrativa, que implica el cumplimiento estricto de todos los elementos propios de una relación laboral, es decir, cumplimiento de horarios de trabajo impuestos por la parte demandada, órdenes de trabajo en cuanto a la forma y modo de realizar la actividad personal y la remuneración que se recibía como contraprestación directa de las funciones que realizaba de manera subordinada. En otras palabras, se llenan todos los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige para la configuración de una relación de trabajo.

Indica que en sentencia de Corte Constitucional Sent. C-555, diciembre 6 de 1994, ha manifestado lo siguiente:

“...De manera que configurada la relación laboral dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo garantizador del principio se concretara en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales sin reparar en la calificación o denominación del vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual agota su contenido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultar.

En ese mismo sentido la H. Corte Constitucional Sent. C-401 de 1998, ago. 19. M.P. Vladimiro Naranjo Meza, reafirmó lo anterior:

“...La realidad de una relación laboral se podría hacer prevalecer judicialmente frente a la apariencia de un contrato de prestación de servicios, a efectos de derivar el reconocimiento de las prestaciones sociales propias de la relación de trabajo.

Igualmente alega que con la actuación irregular, la vinculación por parte de la E.S.E, se le ha violado el artículo 13 y 25 de la Constitución Política; toda vez que, el acto administrativo acusado, derivado del silencio administrativo del HOSPITAL LOCAL SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E., menoscaban el principio mínimo Constitucional de igualdad en materia laboral, pues,

con estas, se desconoce que la actividad personal y subordinada realizada en el cargo de AUXILIAR DE ENFERMERÍA, corresponden a actividades necesarias para el buen desarrollo y funcionamiento de la entidad demandada, como prestadora de un servicio público como el de la salud. No es jurídicamente aceptable que por vía de órdenes de prestación de servicios, se vincule a trabajadores para que cumplan labores permanentes en la administración, reconociendo a los legalmente vinculados todas las prerrogativas laborales y aquellos que, son vinculados irregularmente y se le desconocen todos los derechos consagrados en la ley.

Por último, considera que se le vulneró el principio constitucional de primacía de la realidad sobre lo formal, ya que este principio consigan que la realidad es prevalente y determinante frentes a las formas.

Este principio, va encaminado a desentrañar la realidad propia de la relación laboral y hacerla prevalecer sobre los formalismos (órdenes de trabajo o contrato de prestación de servicios), por tanto, el acto acusado debe ser retirado del ordenamiento jurídico y en su lugar procederse a restablecer laboralmente, reconociéndole el pago de salarios y todas las prestaciones sociales a que tiene derecho.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 31 de agosto de 2016, tal como se avizora en la nota de reparto militante a folio 35 y en la constancia de recibido visible a folio 07 del expediente.
- A través de auto de fecha 23 de septiembre de 2016, se admitió la demanda (folio 37).
- La demanda fue notificada a las partes e intervinientes el día 16 de noviembre de 2016 (folios 43 - 45).
- La entidad demandada, mediante memorial del 25 de noviembre de 2016, contestó la demanda dentro del término de traslado (folio 49 - 56).
- Mediante auto del 04 de agosto de 2017, se fija el día 17 de octubre de 2017 para realización de audiencia inicial (folio 60).
- En audiencia inicial se fija fecha para el día 21 de febrero de 2018, para practicar las pruebas solicitadas (folio 64-67).
- En audiencia de prueba se practican las pruebas solicitadas, y se corre traslado a las partes por el término de 10 días para que presenten sus alegatos de conclusión.(folio 70-72)

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

Por su parte, la entidad demandada HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E., dio contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones.

Frente a los hechos, la entidad demandada acepta como ciertos, el hecho cuarto y décimo tercero, que hacen referencia a la existencia del cargo de Auxiliar de Enfermería en la planta de personal del HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E., y a la celebración de audiencia de conciliación extraprocesal ante el Ministerio Público. Sobre los demás hechos demarca que no le constan y que deben ser probados.

Como argumentos de su defensa advierten que, la demandante sostuvo con la entidad demandada un contrato de prestación de servicios de carácter independiente, regulado por el artículo 1495 del Código Civil, que depende de los estipulado por las partes en el contrato y no está reglamentado por normas laborales. Luego entonces este tipo de contratos no genera relación laboral y mucho menos reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

Propone como excepción la de inexistencia de la obligación o 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 DEMANDADA³:

Alega que, el contrato de prestación de servicio es una forma de contratar servicios profesionales, es una figura que permite la contratación para una determinada actividad o servicio.

Este tipo de contrato se encuentra estipulada en el artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo, en donde se define al contratista independiente como *“las personas naturales o jurídica que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación del servicio en beneficio del tercero, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlo con sus propios medios y libertad y autonomía técnica directa”*.

² Folio 80 - 91 del expediente.

³ Folio 177 - 178 del expediente.

Indica que, estos contratos no general una relación laboral, por ende tampoco generan prestaciones sociales, ya que no es de su naturaleza concebir estas prebendas, además que es una relación estrictamente de carácter civil.

Cita la sentencia de la Corte Constitucional C- 154 DE 1997, en donde se señaló que *“un contrato de prestación del servicio, es la actividad independiente desarrollada, que puede provenir de una persona jurídica la que no existe el elemento de subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada”*.

Igualmente trae a colación la sentencia del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, en la que se expresó que *“cuando no hay persona que puedan cumplir con todas la actividades de la entidad, es imperioso contratar personas ajenas a esta, que cumplan con dicha actividad y si es así, resulta obvio que deban someterse a las pautas de esta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades.”*

Por último, manifiesta que la demandante no aportó prueba alguna que sustente los hechos que narra en la demanda, por tanto no pueden ser concedidas todas sus pretensiones.

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 ficto negativo del hospital local Santiago de Tolú E.S.E, derivado del silencio administrativo de la petición radicada el día 13 de enero de 2016, y se reconozca todas la prestaciones sociales; como también el pago de honorarios generados en el años 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 de la demandante con el HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ E.S.E., como Auxiliar de Enfermería, durante el período comprendido entre el 04 de noviembre de 2011 hasta el 28 de febrero de 2013?

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) 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 197116, 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 empleador¹⁷, 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 contraponen 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 encubierta¹⁸, 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 SOCIALES⁴

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.

⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECC.SEGUNDA C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 19 febrero 2009.Rad:3074-05 Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

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:

*“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.”⁵

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.

⁵ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.

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”⁶.

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 período 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

⁶Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohibaba 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 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 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 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. 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 con la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, 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 13 de enero de 2016⁷, presentado por la actora, dirigida a la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, mediante la cual se solicita el reconocimiento y pago de salarios adeudados, prestaciones sociales y otros conceptos laborales.
- solicitud de disponibilidad presupuestal enero 2 de 2012⁸.
- Copia de contrato de prestación de servicios N° 22 del 2 de enero de 2012⁹.
- Copia de estudios previos para la contratación de una auxiliar de enfermería¹⁰.

⁷ Folio 9-11 del expediente.

⁸ Folio 12-13 del expediente

⁹ Folio 14-16 del expediente

¹⁰ Folios 17-19

- Copia de cuadros de turno de los meses de enero, febrero, abril, mayo, Julio, agosto, septiembre octubre diciembre de 2012¹¹, y febrero de 2013¹² en la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ .
- Acta de conciliación extrajudicial, celebrada entre las partes, expedida por el señor Procurador 103 Judicial para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 23 de agosto de 2016¹³.
- Memorial suscrito por el apoderado del HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ ESE, dando cuenta que las órdenes de prestación de servicio de los años 2011 y 2012, no se encuentra en su poder, por haber depurado y dado de baja todos los documentos que tuvieran más de cinco años.
- Certificado de factores salariales de una auxiliar de área de la salud de los años 2011, 2012,2013.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, se tiene que la demandante la señora MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, estuvo vinculada a la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, desempeñando para tal efecto el cargo de Auxiliar de Enfermería.

Que de acuerdo, al contrato de prestación de servicio y los cuadros de turnos aportados, el período de vinculación de la demandante con la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, son los comprendidos de 2 de enero de 2012 a 15 de febrero de 2013.

Que con base, al único contrato de prestación de servicio aportado se infiere que la asignación mensual para el año 2012, devengada por la señora MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, era la suma de \$ 800.000 pesos

Así entonces, se puede concluir que la prestación del servicio por parte de la señora MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, como auxiliar de enfermería a la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, fue realizada de manera personal, recibiendo unos honorarios por la labor prestada, por lo que se puede deducir que se configura los dos primeros elementos de la relación laboral, estos es i) prestación personal del servicio y ii) remuneración.

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, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello y 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

¹¹ Folio 20-28 del expediente.

¹² Folio 29 del expediente

¹³ Folio 30-33 del expediente.

a horario de trabajo, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación.

En efecto, revisado el expediente, se avizora copias simples de las planillas del horario asignado a la actora, para los servicios prestados en la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, durante los meses de enero, febrero, abril, mayo, Julio, agosto, septiembre, octubre, diciembre de 2012¹⁴, y febrero de 2013¹⁵ en la E.S.E, en los cuales, el nombre de la señora ROSARIO MONTIEL, aparece claramente relacionado, documento que fue aportado por la parte demandante, sin que existiera contradicción alguna.

Con ello se demuestra, la sujeción de la actora a una jornada de trabajo, el cumplimiento de turnos previamente asignados; órdenes y directrices impartidas por las coordinadoras de piso o enfermeras jefe de la entidad o unidad, así como la ausencia de autonomía e independencia de ésta en la realización de las funciones.

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 contratos de prestación de servicios y/u órdenes laborales, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53¹⁶ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, derivado del silencio administrativo de la petición de fecha 13 de enero de 2016, en donde se solicitaba reconocimiento y pago de las prestaciones sociales durante el tiempo en que estuvo vinculada con la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ.

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 en el Área de la Salud equivalente del 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

¹⁴ Folio 20-28 del expediente.

¹⁵ Folio 29 del expediente

¹⁶Y 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.

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 ochocientas sesenta (860) horas.”*

“Decreto 785 de 2005.

...

Artículo 21. *De las equivalencias de empleos. Para efectos de lo aquí ordenado, fíjense las siguientes equivalencias de los empleos de que trata el Decreto 1569 de 1998, así:*

...

Nivel Administrativo, Auxiliar y Operativo.
505 Agente de Tránsito.
550 Auxiliar Administrativo.
555 Auxiliar de Enfermería.

Nivel Asistencial.
403 Agente de Tránsito.
407 Auxiliar Administrativo.
412 Auxiliar Area. Salud.

...”

Una vez revisadas todos los documentos aportados al expediente, tales como el contrato de prestación de servicio del 2 de enero de 2012 y las planillas de turnos, se puede constatar que las funciones realizadas, 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, lo cual desvirtúa per se la regla general de la función pública.

En atención a lo anteriormente referido, se estima que la labor cumplida por los Auxiliares de Enfermería, de la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, lleva comprendida la subordinación en el ejercicio de la actividad, dado que las funciones desempeñadas por la demandante, 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 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 la E.S.E HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, 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 del Acto Administrativo ficto o presunto de la petición del 13 de enero de 2016, 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 las prestaciones sociales causadas, sobre los valores pactados dentro del contrato o de los contratos de prestación de servicios, por el tiempo de duración del o los mismos.

2.7. RECONOCIMIENTO DE SALARIOS EN MEDIO DEL CONTRATO REALIDAD.

En lo concerniente a los salarios reclamados dejados de pagar durante el año 2012, a pesar que, por este medio de control se puede reconocer, no se reconocerá, pues la demandante no probó dentro del plenario que durante ese año la entidad demandada haya cancelado los honorarios a la accionante.

Es pertinente indicar, que si bien ante el incumplimiento de los honorarios pactados entre las partes, lo procedente sería iniciar otro medio de control, esto es el contractual, en eventos como el estudiado en los que se demostró la existencia de una relación laboral subordinada, también es posible, en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, pretender el reclamo del resarcimiento íntegro del daño, lo que incluye no solo el pago de una indemnización liquidada con base en las prestaciones sociales adeudadas, sino que también la mentada indemnización se extienda al valor de la remuneración pactada en los contratos a título de honorarios, que no hayan sido cancelados al contratista.

A pesar de que en relación a este punto, al interior de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso, no existe una posición uniforme frente a la posibilidad de reclamar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el pago de los honorarios dejados de cancelar de forma oportuna, cuando en el proceso se desdibuja la relación contractual formalmente pactada, y se demuestran los elementos de una verdadera relación laboral, se acogerá la tesis planteada por el Honorable Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Primera de Decisión Oral, Sentencia No. 166 del 2 de octubre de 2014, M.P. Dr. LUIS CARLOS ÁLZATE RÍOS; radicación: 70-001-33-33-007-2013-00151-01; Demandante: ALICIA CASTILLEJO CAMARGO; Demandado: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que determinó:

“Por una parte, encontramos decisiones en donde se deniega esta posibilidad, como la siguiente providencia que se trae a título de ejemplo:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas... Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.” (Resaltado del Tribunal)⁷.

Frente a la posibilidad de reconocer los dineros dejados de pagar como remuneración del servicio, encontramos las siguientes providencias:

“En ese sentido, la Sala habrá de Revocar el numeral 1º de la providencia del a quo, que condenó al municipio de San Andrés de Sotavento a reconocer y pagar al actor los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1999 más 15 días del año 2000 por concepto de honorarios, y en su lugar, declarar la nulidad del acto acusado y consecuentemente, como restablecimiento del derecho, condenar al municipio demandado a reconocer y pagar al actor a título de indemnización los valores adeudados ya señalados, teniendo en cuenta para ello el valor pactado en el contrato, que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente al servicio de la entidad demandada.”⁸.

En decisión posterior, se reafirma esta segunda posibilidad, así:

“Así las cosas, queda demostrado para el presente caso, la existencia de los elementos de la relación laboral, las cuales son prestación personal del servicio, contraprestación

⁷ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”. CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Radicación No. 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06). APELACIÓN SENTENCIA. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: ROBERTO URANGO CORDERO.

y subordinación; y por tal razón, el actor tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la Sala revocará la sentencia impugnada 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 las diferentes órdenes (sic) de prestación de servicio y por el tiempo de duración de los mismos, así como los porcentajes de cotización correspondientes a salud y a pensiones que la entidad demandada debió trasladar a las entidades correspondientes, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes.” (Negrillas para resaltar)¹⁹.

Igualmente, la Sección Tercera del CONSEJO DE ESTADO, se ha pronunciado sobre el punto, en el siguiente sentido:

“Interpretando el contenido de la demanda, puede colegirse, en estricto sentido, que lo pretendido realmente por el actor es que se le reconozcan los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales a las que tendría derecho, tal como se le reconoce a quienes desarrollan actividades semejantes, en consideración a que las labores de celaduría que desempeñó en el Departamento de Casanare, a través de órdenes de prestación de servicios, revisten todos los elementos propios de una relación legal y reglamentaria; sin embargo, a juicio de la Sala, la acción formulada por el demandante, con miras a obtener la satisfacción de los derechos alegados y que estarían siendo desconocidos por la Administración, no es la indicada, pues él debió acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser ésta la que procede en situaciones como la anotada, de tal suerte que la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto encontró acreditada la excepción de indebida escogencia de la acción.”²⁰.

Así las cosas, ante la inexistencia de una línea uniforme sobre el tema, queda el juzgador en libertad de adoptar la decisión interpretativa que considere más adecuada.

Partiendo de lo anterior, para la Sala se hace viable entrar a ordenar la cancelación de los honorarios dejados de pagar al contratista, pues solo de esta forma se encuentra una clara materialización del principio de primacía de la realidad sobre la forma. Si bien, el primer obstáculo que se encuentra en este punto, es el hecho de que conforme la constitución y la ley, el vínculo laboral público legal o reglamentario, se encuentra sometido a una serie de formalidades como el nombramiento y la posesión, este formalismo si bien imposibilita que el juez contencioso administrativo declare la existencia de una relación de esa naturaleza, si se ha considerado viable que todas las consecuencias económicas de dicha declaración se materialicen, por lo que deben de reconocerse todos los valores dejados de pagar, a título de indemnización del daño causado al contratista con su vinculación irregular.

Negar lo anterior, sería ir en contra del principio de reparación integral del daño, que rige en todos los procesos jurisdiccionales, y el de nulidad y restablecimiento del derecho comporta el ejercicio de una pretensión reparadora que el juez debe analizar y fallar de forma íntegra. Por ello, si se demuestra la existencia de una relación laboral desdibujada con un contrato de prestación de servicios, deben resarcirse todos los daños causados con dicha forma espuria de vinculación, lo que incluye a título de indemnización del daño, al pago de una suma de dinero que equivalga al pago de las prestaciones sociales que se dejaron de liquidar y pagar, lo que en iguales circunstancias hace viable que se indemnice el daño si no se canceló ni siquiera la remuneración pactada en el contrato, igualmente pagada a título de indemnización del perjuicio

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11). Actor: EDUARDO NIÑO PAREDES. Demandado: MUNICIPIO DE YAGUARA, HUILA.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de junio 23 de 2010, C.P (E) Gladys Agudelo Ordoñez, Rad: 85001-23-31-000-1998-00129-01(18319).

irrigado, sin que estas formas de resarcimiento del detrimento se puedan interpretar como la declaratoria formal de la existencia de un vínculo laboral público.

Por lo expuesto, esta Sala se inclina hacia la posición de considerar viable que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se reclame el pago de los honorarios dejados de pagar en ejecución del contrato de prestación de servicios desdibujado, sin que este tipo de pretensiones haga de suyo que el contratista adquiera la calidad de empleado público.”

En conclusión, se dice que a través de este medio de control se puede reconocer, honorarios dejados de cancelar, como reparación del daño causado, pero en este caso no se reconocerá, toda vez que, no está acreditado dentro del expediente prueba alguna por parte del demandante que la E.S.E Santiago de Tolú, no le haya cancelado los honorarios durante el período en que estuvo vinculada con la misma, esto es 2012, por tanto para el despacho al probar la no cancelación de estos honorario se le hace inamisible reconocerlo.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Corolario de todo lo expuesto, se decretará la nulidad del acto ficto o presunto, de la petición del 13 de enero de 2016, 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 público²¹. Así se desprende de 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

Reconocimientos que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual, se ordenará que a la demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a prima de vacaciones ,prima de servicios, prima de navidad, bonificación por servicio prestado (compensación en dinero), que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad²², reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago se percibirá por los períodos enero, febrero, marzo, abril mayo, junio, julio agosto, septiembre, octubre noviembre y diciembre de 2012 y enero febrero de 2013.

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

²¹ Más no la condición de empleado Público.

²² Factores que eran reconocidos a los auxiliares de área de la salud en los años 2011,2012 y 2013.

Índice final
R=Rh x.....
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 E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, 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 SANTIAGO DE TOLÚ.

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

CONCLUSIÓN:

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, en un porcentaje del 5%.

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 ficto o presunto de la petición del 13 de enero de 2016, en cuanto negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la señora MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, 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 SANTIAGO DE TOLÚ, a reconocer y pagar a la actora MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, identificada con la cédula de ciudadanía N° 64.921.657, a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los Auxiliares de Enfermería – Auxiliares Área de la Salud, vinculados mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios; esto es, enero, febrero, marzo, abril mayo, junio, julio agosto, septiembre, octubre noviembre y diciembre de 2012 y enero febrero de 2013, sumas liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios, que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señora MARÍA DEL ROSARIO MONTIEL AGRESOTH, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y/o órdenes laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena a la E.S.E. HOSPITAL SANTIAGO DE TOLÚ, 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: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, en un porcentaje del 5%, 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 a la 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 del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ**