



**JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**

Sincelejo, cuatro (4) de diciembre de dos mil trece (2013)

REF. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.
RADICADO N°: 70-001-33-33-003-2012-00113-00
DEMANDANTE: ARNET PATRICIA MONTIEL YANEZ
DEMANDADO: E.S.E. CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL, SUCRE.

Tema: Contrato realidad sector salud. Primacía de la realidad. Valoración en conjunto de los medios de prueba. Tiempos de servicios no soportados en prueba documental.

Surtidas las etapas del proceso ordinario (Arts. 179 C.P.A.C.A.), presentes los presupuestos procesales, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado (art. 180 de la Ley 1437 de 2011), e impedimento procesal, se procede a dictar **sentencia de primera instancia.**

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA.

1.1.1. Partes.

- Demandante **Arnet Patricia Montiel Yanez** identificada con C.C. Nro. 34.949.186, actuando a través de apoderado¹ **Fabián Benítez Herazo**, abogado quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 18.858.864 expedida en San Benito Abad, y T.P. 150.654 C.S.J.

- Demandado: **E.S.E. Centro de Salud de Majagual, Sucre.**

¹ Fol. 17

1.1.2. Pretensiones.

- Que se declare la nulidad del oficio sin número de Junio 29 de 2012, expedido por la gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual, mediante el cual se negó el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales generadas por la relación laboral que existió con la entidad demandada.
- Que se declare la existencia del contrato realidad, por haber prestado la accionante sus servicios personales **como auxiliar de enfermería**, en los períodos indicados en los hechos de la demanda a la entidad demandada.
- Que se inaplique la expresión “*del orden nacional*” del artículo 1° del Decreto 1042 de 1978.
- Que como consecuencia, EL CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, reconozca, liquide y pague a la accionante a título de reparación del daño, lo que a continuación se señala, por todo el tiempo en que perduró la relación laboral: dos meses de salarios adeudados durante la existencia de la relación laboral; la prima de servicio; la prima de navidad; la prima de vacaciones; las vacaciones; la bonificación por servicios prestados; el auxilio de recreación; el subsidio de alimentación; la dotación de calzado y vestuario de labor, tres (3) dotaciones al año; las cesantías e intereses a las cesantías, al final de cada vigencia; la sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías e intereses y demás prestaciones, desde la fecha en que se causaron hasta la fecha en que se efectuó el pago correspondiente; los porcentajes de cotizaciones correspondientes a Pensión y Salud que debieron trasladarse a los fondos correspondientes durante los periodos de prestación de servicios; el subsidio familiar.
- Que se condene a la entidad demandada a reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados al salario del demandante, por concepto de retención en la fuente y que la suma resultante sea indexada, desde la fecha en que se hicieron tales descuentos hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones.

- Que se declare que la condena impuesta devengará intereses moratorios a partir de la ejecutoria tal y como lo enseña el artículo 192 del CPACA, en concordancia con el artículo 195 ibídem.
- Que se condene a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

1.1.3. Hechos relevantes.

Como fundamentos fácticos o hechos relevantes enuncia la demandante los siguientes:

- Indica el apoderado que la accionante fue vinculada al CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, por órdenes de prestación de servicios; cuyo objeto fue para desempeñar funciones como auxiliar de enfermería.
- Señala la parte que la vinculación se dio por el período comprendido entre el mes de marzo de 1998 hasta el mes de junio de 2011, tal y como se desprende de los documentos que se adjuntan como medios de prueba.
- Alega que dicha labor la desempeñó la accionante en el CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y en las dependencias que le fueran ordenadas por el gerente de la entidad ubicadas en el área rural del municipio de Majagual.
- Adicionalmente, las funciones desarrolladas eran del giro ordinario de la entidad demandada, además de aquellas que le eran asignadas por su superior.
- Al igual que, las funciones se desarrollaron en el horario de trabajo de todos los empleados de la entidad por tiempo completo.
- Igualmente replica que la accionante para ejecutar la labor contratada era supervisada por el representante legal de la misma, lo que implica una subordinación.

- Menciona, que la accionante permaneció por varios años vinculada a la entidad demandada y que su labor fue permanente.
- Igualmente, el período de la vinculación contractual indica que hubo un disfraz de la relación laboral, con el objeto de evadir el pago de las prestaciones sociales que por ley le corresponde a todo empleado vinculado de manera legal y reglamentaria.
- Apunta la parte que a la accionante nunca se le cancelaron los derechos salariales y previsionales e indemnizatorios consagrados en las normas legales vigentes para la época y que si se cancelaron a quienes poseían vinculación legal y reglamentaria.
- Mediante derecho de petición de 1° de marzo de 2012, se solicitó al demandado reconocer la existencia de la relación laboral de acuerdo con las órdenes de prestación de servicios suscrita con mi poderdante, y en consecuencia, el reconocimiento, liquidación y pago de sueldos adeudados, factores salariales, prestaciones sociales, sanción moratoria e intereses por el no pago oportuno que debió percibir durante el tiempo de la existencia de la mencionada relación laboral.
- Dicha petición fue resuelta mediante oficio de junio 29 de 2012, y recibida el 11 de julio de 2012, de manera negativa.
- El día 11 de septiembre de 2012, se presentó la solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Administrativa de Sucre para agotar el requisito de procedibilidad de la acción, la cual se celebró el día 13 de noviembre de la misma anualidad, sin que se hubiese llegado a un acuerdo conciliatorio entre las partes, lo que se infiere de la inasistencia no justificada de la parte convocada según se advierte del acta de conciliación.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales: de la Constitución Nacional Arts. 25 y 53; artículo 30 ley 10 de 1990, decreto 2159 de 1966, artículo 14 ley 50 de 1990, artículo 11 ley 4 de

1996, artículos 1 y 2 decreto 2922 de 1996, artículo 11 decreto 3135 de 1968, artículo 1 decreto 1848 de 1969, artículo 33 decreto 1045 de 1978, ley 45 de 1945, decreto 1919 de 2002.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACION

Indicó la parte que solicita que se tengan en cuenta los parámetros salariales aplicables a todos los empleados, a los que los entes territoriales, a los que los entes territoriales deben someterse, y en consecuencia, solicito sea declarado nulo el acto demandado en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas y teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que lo es el H. Consejo de Estado, respecto a la prosperidad del reconocimiento y pago de las prestaciones de ley y a que el mero contrato es la prueba idónea para demostrar la burla administrativa tendiente a evitar el pago de las prestaciones sociales con la vinculación indiscriminada y por largos períodos de conductor en los centros de salud del Departamento de Sucre.

Advierte la parte que la vinculación de la accionante no lo fue de manera transitoria o temporal, exigencia que justifica la contratación por prestación de servicios (artículo 32 de la Ley 80/1993); sino que lo fue por tiempo prolongado, situación que si desnaturaliza el contrato de prestación de servicios, pues la permanencia en el tiempo de ella, indica que existe una necesidad del servicio que no puede permanecer en la modalidad escogida por la entidad demandada. Sobre el particular el H. Consejo de Estado dijo: *“...sin embargo, dichas pruebas muestran el genuino interés de la administración por emplear de modo permanente sus servicios. No se trató, en consecuencia, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad que ha sido destacada, la cual se constituye en indicio claro de que, bajo la figura de órdenes de prestación de servicios, se dio en realidad una relación de tipo laboral...”*. Siendo así, la labor desplegada por el actor requerían de una supervisión propia de una subordinación y no de una coordinación como se entendería para la relación contractual propiamente dicha, sumado a que debía cumplir un horario de trabajo, por consiguiente, las funciones desarrolladas por la parte accionante no eran temporales y podían ser desempeñadas por empleados de dicha entidad y por tal no tenía autonomía para realizarlas; lo cual, contraviene no

solo el artículo 53 de la Constitución Nacional sino también el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, bajo el entendido de que no pueden contratarse personas para que realicen actividades propias del personal de planta de la entidad, o que no requieren conocimientos especializados, o que dichos contratos se prolonguen indebidamente en el tiempo, situaciones que acontecieron en este asunto.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el 22 de noviembre de 2012²
- Mediante auto del 3 de diciembre de 2012³ se inadmitió la demanda, dicho auto fue notificado en el estado electrónico Nro. 43⁴ del 04 de diciembre de 2012.
- El 14 de diciembre de 2013⁵ es presentado memorial subsanando los defectos indicados.
- Se admitió la demanda el día 15 de enero de 2013⁶, auto notificado en el estado electrónico Nro. 002 del 16 de enero de 2013⁷
- El 13 de febrero de 2013⁸ se notificó el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada y a la Agencia para la Defensa del Estado.
- El día 15 de mayo de 2013⁹ es presentada contestación de la demanda por el apoderado judicial de la ESE Centro de Salud Majagual.
- El 28 de mayo de 2013¹⁰ se dio traslado a las excepciones propuestas por la entidad demanda.
- Por auto del 06 de junio de 2013¹¹ notificado en el estado electrónico nro. 073 del 07 de junio de 2013 se fijó fecha para la audiencia inicial.
- El 01 de agosto de 2013¹² se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de C.P.C.A. dentro de la cual se surtieron todas sus etapas: saneamiento, no asistió ánimo conciliatorio, se fijó el litigio, se ordenaron las pruebas necesarias y se fijó fecha para audiencia de pruebas.

² Fol. 45

³ Fols. 47-49

⁴ Fol. 50

⁵ Fl. 51-56

⁶ Fl. 58-59

⁷ Fol. 60

⁸ Fols. 63-72

⁹ Fols. 73-87

¹⁰ Fol. 88

¹¹ Fol. 90

¹² Fols. 133-140

- El 19 de septiembre de 2013¹³ y el 16 de octubre de 2013¹⁴, se realizó la audiencia de pruebas y se ordenó correr traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión.
- El día 30 de octubre de 2013 se presentaron memoriales con alegatos de conclusión por parte de la entidad demandada¹⁵ y el apoderado del demandante¹⁶.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ESE CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL, contesta en los siguientes términos¹⁷:

Frente a los hechos se pronuncia así:

- Indica que la demandante, prestó sus servicios a la E.S.E Centro de Salud Majagual como operaria en las instalaciones de la E.S.E, a través de órdenes de prestación de servicio, durante el término antes señalado prestó sus servicios como contratista, no existiendo acto administrativo alguno que indique que realmente haya sido trabajador oficial de la entidad.
- No es cierto que con la demanda y anexos se aporten certificaciones de servicios desde el año 2008.
- Frente a los hechos cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo, undécimo, duodécimo y décimo tercero no son ciertos e indican que se demuestren.
- En razón al hecho décimo cuarto, es cierto como quiera que su vinculación fue de tipo contractual basado en una orden de prestación de servicio.
- Argumenta que de los hechos décimo quinto, décimo sexto no son ciertos.
- Los hechos décimo séptimo, octavo o noveno son cierto.

Señaló que el contrato de prestación de servicios es de carácter civil y no laboral, por lo tanto no está sujeto a la legislación de trabajo y no es considerado un contrato con vínculo laboral al no haber relación directa entre empleador y trabajador, por ello, no cuenta con periodo de prueba y no genera para el contratante la obligación de pagar prestaciones sociales.

¹³ Fols. 151-155

¹⁴ Fols. 160-163

¹⁵ Fols. 165-166

¹⁶ Fols. 167-172

¹⁷ Fols. 73-87

En cuanto a las prestaciones sociales, la ley obliga a todo trabajador independiente este afiliado al sistema general de seguridad social en pensión y salud, por lo que será obligación del independiente hacer los aportes y afiliaciones por su cuenta y acreditar tal afiliación ante la entidad contratante, así como acreditar su registro en el RUT como trabajador independiente en la actividad para la que fue contratado.

Presenta como excepciones las de caducidad de la acción e inexistencia de la obligación.

1.4 . ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. Parte demandante¹⁸: Ratifica que es claro que en el presente caso está plenamente demostrado lo descrito en la demanda. Agregó, que el Centro de Salud de Majagual desconoció el precedente jurisprudencial, que el contrato de prestación de servicios tiene una naturaleza de temporalidad, por consiguiente la permanente vinculación contractual utilizada con la accionante se desnaturalizó surgiendo una vinculación laboral identificada por los tres elementos esenciales (prestación personal, subordinación y remuneración). Asimismo, manifestó que el elemento subordinación, quedo demostrado dentro de los dichos manifestados por los testigos Juan Daniel León Fuentes, Aydeth Garavito Cochero.

1.4.2. Parte demandada¹⁹: Argumentó que no se demostró en juicio que le E.S.E Centro de Salud de Majagual, incurriera en falsa motivación al emitir el acto administrativo contenido en el oficio sin número de 29 de junio de 2012, por medio del cual se denegó el reconocimiento de pago de unos derechos laborales a la accionante, por cuanto con los elementos probatorios anexos no se comprobó nada. Expresó igualmente, que el actor no probó los parámetros a los que remiten las múltiples hipótesis de falsa motivación, y no lo ha hecho a la demandante a lo largo del periodo probatorio. En consecuencia, carecen de todo fundamento las afirmaciones de la demandante, al no demostrar la infracción o causal de nulidad invocada como fundamento de la demanda, lo cual sería exceso invocar de manera genérica.

¹⁸ Fols. 167-172

¹⁹ Fols. 165-166

1.4.3. Ministerio Público: No se pronunció.

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 sin número de **29 de junio de 2012**²⁰ expedido por la gerente de la ESE Centro de Salud Majagual, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir desde marzo de 1998 hasta junio de 2011.

De la excepción de caducidad:

Se procede a resolver la excepción de caducidad, toda vez que no hubo pronunciamiento en la audiencia inicial, en los siguientes términos:

El ejercicio oportuno del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho se encuentra regulado en el artículo 164 de la ley 1437

2.3 Problema Jurídico a resolver:

Acorde con lo advertido en la etapa de fijación del litigio, el debate en el sub examine, estriba, en establecer si entre las partes, la vinculación a través de contratos de prestación de servicios, derivo en una relación laboral subordinada, en virtud del principio de la primacía de la realidad.

²⁰ Fols. 22-25

En atención a ello, corresponde al Despacho en aras de desatar la litis, referirse al tema del contrato realidad en el sector público, su desarrollo jurisprudencial, la prueba de sus elementos, para luego descender al análisis de sus elementos en el caso concreto.

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

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional en punto al principio de la primacía de la realidad y los contratos de prestación de servicios, manifestó que:

“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: **a.** La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. **b.** La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. **c.** La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

.....

.....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 ; al 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. Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

.....

.....La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes, únicamente, opera cuando para el cumplimiento de los fines estatales la entidad contratante no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requiere o los conocimientos especializados que se demanden. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en

laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante, para lo cual el trabajador puede ejercer la acción laboral ante la justicia del trabajo, si se trata de un trabajador oficial o ante la jurisdicción contencioso administrativa, con respecto al empleado público.

.....

.....El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"

El H. Consejo de Estado, en pronunciamiento del 19 de febrero de 2009, se ha referido al principio de la primacía de la realidad, así:

“La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”.

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores “relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad”; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Nulidad y Restablecimiento del Derecho de carácter laboral
Radicado N°: 700013333003-2012-00113-00

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales.”

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.
2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.
3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.
4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.
5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (Art. 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, el demandante estuvo vinculado mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y el contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando el demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”²¹.

Nuevamente, la Corte Constitucional en sentencia C - 614 del 2 de septiembre de 2009, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, aborda el estudio del contrato de prestación de servicios y la prohibición para la Administración Pública de celebrarlo para el ejercicio de funciones de carácter permanente, señalando que:

“...los jueces ordinarios y constitucionales han sido enfáticos en sostener que la realidad prima sobre la forma, de ahí que no puede suscribirse un contrato de prestación de servicios para ejecutar una relación laboral. De hecho, el verdadero sentido del principio de primacía de la realidad sobre la forma impone el reconocimiento cierto y efectivo del real derecho que surge de la actividad laboral. Por consiguiente, en caso de que los jueces competentes encuentren que se desnaturalizó la relación contractual de trabajo procederán a declarar la existencia del verdadero contrato celebrado, sin que sea relevante el nombre acordado, y ordenarán ajustar los derechos económicos a lo que corresponda en justicia y derecho”

En la cita, se reitera y se concluye por parte del Tribunal Constitucional que, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Asimismo, se establecen a efectos de determinar el concepto de función permanente, como elemento que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, los siguientes criterios, a saber:

i) **Criterio funcional:** la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras

²¹ Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009. Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05). Ver igualmente los siguientes expedientes: 05001-23-31-000-2000-04732-01(7979-05); 540012331000200000020 01 (2776-2005); 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06); 52001-23-31-000-1999-01215-02(4669-04); 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08).

palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003²², de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

“...no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional, y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes”.

ii) **Criterio de igualdad:** Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008²³).

iii) **Criterio temporal o de la habitualidad:** Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003²⁴). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008²⁵).

iv) **Criterio de la excepcionalidad:** si la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002²⁶ a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al “giro normal de los negocios” de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

“... existiendo objetivamente la relación de trabajo, esta se presume amparada por el contrato de trabajo, máxime cuando se trata de empresas comerciales o industriales con ánimo de lucro en las mismas condiciones de los particulares, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 4º del D.2127 de 1.945, como quiera que en la actualidad el Sistema de Seguridad Social Integral no está exclusivamente a cargo del estado ni del Instituto de Seguros Sociales, sino que también está siendo prestado por particulares o mejor por empresas privadas. En consecuencia la entidad pública que ejecuta actividades de gestión, cuando contrata personas para cumplir con actividades propias del giro u objeto social comercial, debe estar a lo dispuesto en las normas pertinentes sobre la vinculación de los trabajadores, mediante contratos de trabajo, como quiera que la excepción para ejecutar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento, puede la administración pública vincular personas con conocimientos especializados, cuando la planta es insuficiente mediante la aplicación de las normas previstas en la ley 80 de 1.993, esto es con contratos de prestación de servicios, pues de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 3130 las Empresas Industriales y Comerciales del

²² Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003. Cita Original de la Providencia

²³ Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 2152-06. Cita de la Providencia

²⁴ Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, expediente 4798-02. Cita Original de la Providencia de la C. Constitucional.

²⁵ Consejero Ponente Jaime Moreno García, expediente 2776-05. Cita original de la Providencia de la C. C.

²⁶ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, expediente 3530-2001. Cita original de la providencia de la CC.

Estado, están sometidas a las reglas del derecho privado, lo que significa que no puede aplicarse en forma general como hizo el Ad-quem, la excepción establecida por el legislador para casos muy especiales y concretos ...”²⁷ (subrayas fuera del texto original)

v) Criterio de la continuidad: Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003²⁸, indicó: *“no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este”*

Concluye la H. Corporación reseñando que:

“En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habitual (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes²⁹, a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública³⁰, a mensajeros³¹ y a un técnico y operador de sistemas³². Y, en el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa³³. En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues sólo si no hace parte de las funciones propias de la entidad, o haciendo parte de ellas no pueden ejecutarse con empleados de planta o requieran conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales”

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

²⁷ Sentencia del 21 de abril de 2004, Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, expediente 22426.

²⁸ Consejero Ponente Jesús María Lemos Bustamante, radicación 0370-2003

²⁹ En este sentido, ver sentencias del 7 de abril de 2005, expediente 2152, del 6 de marzo de 2008, expediente 4312, sentencia del 30 de marzo de 2006, expediente 4669, del 14 de agosto de 2008, expediente 157-08.

³⁰ Sentencia del 23 de junio de 2005, expediente 245.03

³¹ Sentencia del 16 de noviembre de 2006, expediente 9776.

³² Sentencia del 17 de abril de 2008, expediente 2776.

³³ Sentencia del 10 de octubre de 2005, expediente 24057, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez

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.

Y en específico ha señalado;

“En suma, si la realidad de quienes prestan sus servicios personales y subordinadamente a favor de los municipios se dividiera únicamente entre empleados públicos y trabajadores oficiales, sería válido que la justicia ordinaria absolviera a los entes territoriales de las pretensiones laborales elevadas por quien no fuera trabajador oficial. En ese escenario ideal, sería la justicia contenciosa la encargada de decidir el conflicto del demandante. Pero ya se vio que esa división no es la única que se presenta. Hay otras formas de vinculación irregular, que merecen de cualquier modo la misma protección que los derechos fundamentales les dispensan todas las relaciones laborales. Y en este caso, de hecho, hay una muestra clara de ello. Primero, porque el señor Carlos Alberto Altahona no es trabajador oficial. Segundo, porque hay razones palmarias para concluir tampoco es empleado público. En efecto, el demandante no ha tomado posesión del cargo, y de la Constitución expresamente presupone el cumplimiento de esa exigencia para el ejercicio de cualquier empleo público, cuando dice, en el artículo 122, que la persona, “(a)ntes de tomar posesión del cargo (...) deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”. Pero, además, el señor Altahona Noguera tampoco ha prestado el juramento de defender la Constitución y la ley y de cumplir los deberes de sus cargo, que son requisitos indispensables para ejercer un empleo público, de acuerdo con el artículo 122 de la constitución: “Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”. Y, por último, en el proceso ordinario no hay pruebas de que se hubieran dado los demás

requisitos, que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha juzgado imprescindibles para determinar si un sujeto es empleado público, a saber:

1)La existencia del empleo en la plata de persona de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2)La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales”

Concluyendo nuestro tribunal de cierre en la providencia citada:

“Por tanto, al existir formas distintas a las contempladas en la constitución y la ley para prestar los servicios a las entidades territoriales de cualquier orden, de las cuales muchas veces se hace caso omiso a los requisitos referidos para su buena marcha del mismo, este no debe ser obstáculo para que, si se determina la existencia del vínculo, no se puede ordenar el cumplimiento de los deberes que el legislador impone, cual es, el reconocimiento y pago de los haberes que la relación haya generado.”

II. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

La carga probatoria de los elementos del contrato realidad, corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección 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.

En esta labor, importa de forma especial el elemento subordinación, porque traza la línea divisoria entre el contrato de prestación de servicios y la relación laboral que puede surgir del contrato realidad.

La subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, implica 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”³⁴

De igual forma, en providencia de fecha 23 de noviembre de 2006, se señaló:

“...(...)..., constituye requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el **interesado acredite en forma incontrovertible la subordinación y dependencia, y el hecho de que desplegó funciones públicas, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor**; siempre y cuando, de las circunstancias en que se desarrollaron tales actividades, no se deduzca que eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales”³⁵

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

Recapitulando, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que al decir del demandante surge porque, la señora ARNET PATRICIA MONTIEL YANEZ, estuvo vinculada con la ESE CENTRO DE SALUD MAJAGUAL, de forma continua y subordinada a pesar de la suscripción de contratos de prestación de servicios.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

³⁴Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

³⁵ Expediente 4356-04 de 2006, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A” .Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García.

- Contrato de prestación de servicios Nro. 026-2008 suscrito entre la accionante y el ente demandado por un término de dos (02) meses contados del 1 de julio de 2008 hasta el 31 de agosto de 2008.³⁶
- Contrato de prestación de servicios Nro. 026-2008 suscrito entre la accionante y el ente demandado por un término de cuatro (04) meses contados del 1 de septiembre de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008 por un valor de \$3.480.000.³⁷
- Certificación expedida el 22 de octubre de 2008 por la jefe de recursos humanos de le ESE Majagual, en la cual consta que la accionante laboró como auxiliar de enfermería desde el 01 al 30 de septiembre de 2008.³⁸
- Resolución Nro. 0793 del 28 de noviembre de 2008 expedida por el gerente de la ESE Majagual, mediante la cual se reconoció y ordenó el pago a la accionante por su labor durante el mes de octubre de 2008.³⁹
- Resolución Nro. 0549 del 11 de septiembre de 2008 expedida por el gerente de la ESE Majagual, mediante la cual se reconoce y ordena el pago a la accionante por su labor desde 01 de julio al 31 de agosto de 2008.⁴⁰
- Certificación expedida el 11 de septiembre de 2008 por la jefe de recursos humanos de le ESE Majagual, en la cual consta que la accionante laboró como auxiliar de enfermería desde el 01 de julio al 30 de agosto de 2008.⁴¹
- Testimonio de Juan Daniel León Fuentes y Aideth del Carmen Garavito Cochero los cual fue recepcionado el día 19 de septiembre de 2013 por este despacho dentro de la audiencia de pruebas de la presente acción.⁴²

De las anteriores probanzas y su análisis en conjunto, el Despacho concluye que efectivamente la señora ARNET PATRICIA MONTIEL YANEZ, estuvo vinculada a la E.S.E. Centro de Salud de Majagual, desde el 1 de julio de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2008.

³⁶ Ver folios 41-43

³⁷ Ver folios 36-40

³⁸ Ver folios 118

³⁹ Ver folios 120

⁴⁰ Ver folios 127

⁴¹ Ver folios 118

⁴² Ver Grabación CD visible a folios 151-155

En ese orden, frente al elemento prestación personal del servicios, quedó acreditado, que la demandante laboró en la fecha descrita con anterioridad, conforme los periodos establecidos en cada uno de los contratos de prestación de servicios, sobre lo cual se volverá en caso de prosperar las pretensiones de la demanda a efectos de precisar el restablecimiento del derecho.

En cuanto a las labores encomendadas a la actora, de AUXILIAR DE ENFERMERIA, los mismos contratos obrantes en el proceso dan cuenta que la demandante recibía una retribución por la prestación de sus servicios personales.

En relación con el elemento subordinación, como antes mencionamos, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, la misma se encuentra demostrada, puesto que existen evidencias e indicios claros y material probatorio suficiente que da cuenta de ello y que permite al Despacho afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente, y por el contrario, como se acreditó en el plenario esta debía someterse a horario de trabajo lo cual se reafirma con los testimonios de los señores Juan Daniel León Fuentes⁴³ y Aideth del Carmen Garavito Cochero⁴⁴ lo cual son muestras en este particular evento de existencia de subordinación.

En efecto, en los testimonios de JUAN DANIEL LEÓN FUENTES ⁴⁵ y AIDETH DEL CARMEN GARAVITO COCHERO⁴⁶ se pone de relieve que conocían a la demandante ya que laboraron en la E.S.E. Centro de Salud de Majagual para la época en la que la actora desempeño su labor. Adicionalmente, los dos deponentes coinciden en indicar que quien hacia las contrataciones era la Gerente de la época de la E.S.E. Centro de Salud de Majagual, afirmando los interrogados que era este el jefe inmediato de la accionante.

Del testimonio rendido por el señor JUAN DANIEL LEÓN FUENTES consignado en la grabación de audio dentro de la audiencia de pruebas de la presente acción entre los minutos 9:15 al 20:21, se subraya por el despacho que el interrogado estuvo vinculado a la entidad demandada desde el 1 de septiembre de 2008 y para esa época la accionante ya laboraba dentro de la entidad, adicional a que

⁴³ Grabación Audio CD. Fol. 155

⁴⁴ Grabación Audio CD. Fol. 155

⁴⁵ Fol. 155 Cd.- Grabación Audio Audiencia de Pruebas. Testimonio del señor Juan Daniel León Fuentes min 9:15 al 20:21

⁴⁶ Fol. 155 Cd.- Grabación Audio Audiencia de Pruebas. Testimonio de la señora Aideth del Carmen Garavito Cochero min 21:33 al 34:05

trabajaron juntos hasta el 30 de junio de 2011, fecha en la cual ambos salieron. Señaló asimismo el deponente, que la accionada trabajaba en el área de urgencias, tenía como funciones las remisiones, notas de enfermería, suministrar medicamentos, hacer curaciones. Igualmente, apunta que la actora cumplía un horario de trabajo establecido por la Gerente de la E.S.E. de la época, y que recibía una remuneración por el rango de los 900.000.

Por su parte, de la atestación rendida por AIDETH DEL CARMEN GARAVITO COCHERO, consignado en la grabación de audio y video dentro de la audiencia de pruebas del presente proceso, entre los minutos 23:33 al 34:05, se destaca que fue compañera de trabajo de la actora, que ambas empezaron a laborar en febrero de 2008 hasta el 30 de junio de 2011, fecha en la que ambas salen de la entidad. Menciona la deponente, que la accionante fue contratada por medio de órdenes de prestación de servicio, que el objeto de su contrato era de auxiliar de enfermería; agrega que tenían un horario rotativo así de 7 a.m. a 1 p.m. , 1 p.m. a 7 p.m. , 7 p.m. a 7 a.m.. Apunta la señora Garavito Cochero en su declaración que los pagos se hacían mensualmente pero atrasados.

En este punto, vale la pena traer a colación, lo reseñado líneas antes en la sentencia C – 614 e de 2009, por la H. Corte Constitucional, en donde se delimitó que se está delante de una real relación laboral: (i) si las funciones contratadas están referidas a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución; (ii) si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, o sea que si se suscriben órdenes de trabajo y/o contratos sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, y (iii) si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de una empresa; situaciones todas estas que convergen en el asunto que nos convoca, específicamente en la materialización del servicio prestado por la señora ARNET PATRICIA MONTIEL YAÑEZ, como auxiliar de enfermería de la ESE CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL-SUCRE.

Ahora, si bien dentro de las pretensiones y hechos de la demanda la accionante indica, fue contratada desde marzo de 2008 a junio de 2011 y dentro del expediente sólo reposan las ordenes de prestación de servicio desde el 1 de julio al 31 de diciembre de 2008, sin existir prueba documental adicional sobre suscripción

o celebración de órdenes o contratos de prestación de servicios, en épocas posteriores al mes de diciembre de 2008, ello no es óbice, para concluir que la labora material realizada por la actora en beneficio de la Empresa Social del Estado, concluyó efectivamente en el mes de junio de 2011, porque la valoración en conjunto de los diferentes medios de prueba traídos al plenario y entendiendo que la prueba del contrato realidad no está sujeta a tarifa legal, aunado a la actitud renuente de la entidad demandada frente a las solicitudes probatorias efectuadas por este Despacho, la cual se aprecia como indició en su contra de la continuidad del servicio personal prestado, permiten arribar a dicha conclusión.

En efecto, las declaraciones rendidas por los señores JUAN DANIEL LEÓN FUENTES⁴⁷ y AIDETH DEL CARMEN GARAVITO COCHERO⁴⁸, destacan que conocen que la accionante trabajó en la entidad demandada desde el 1 de septiembre de 2008 hasta el 30 de junio de 2011, por cuanto ese fue el tiempo en que el señor León Fuentes laboró en la E.S.E de Majagual.

De igual forma, del segundo testimonio se extrae que es de su conocimiento que la actora trabajo desde febrero de 2008 hasta el 30 de junio de 2011, tiempo en el cual laboró la declarante junto con la señora Montiel Yanez en la entidad demandada; por lo que para el despacho ello constituye razón probatoria suficiente para dar preeminencia a la protección constitucional del derecho al trabajo y al principio de la prima de la realidad, que la labor desempeñada como enfermera por parte de la demandante, se desarrollo entre los extremos temporales siguientes: 1 de julio de 2008 a 30 de junio de 2011.

Es preciso traer a colación lo señalado por el H. Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 26 de septiembre de 2013⁴⁹, frente a la posibilidad que exista una

⁴⁷ Fol. 155 Cd.- Grabación Audio Audiencia de Pruebas. Testimonio del señor Juan Daniel León Fuentes min 9:15 a 20:21

⁴⁸ Fol. 155 Cd.- Grabación Audio Audiencia de Pruebas. Testimonio de la señora Aideth del Carmen Garavito Cochero min 21:33 al 34:05

⁴⁹ Sala Tercera de Oralidad, expediente No. 70-001-33-33-008-2012-00038-0. MP. Moisés Rodríguez Pérez. En el mismo sentido, sentencia del 12 de septiembre de 2013, Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Primera de Oralidad, expediente No. 70-001-23-33-000-2012-00182-00. MP. Luis Carlos Alzare Ríos, en donde se manifestó: *“No obstante lo dicho, también se ha aceptado que quien presta el servicio con la aquiescencia expresa o tácita de la administración, sin que exista el cargo que desempeña en la práctica, igualmente merece la protección de la ley y la jurisdicción, dando así una aplicación más amplia al principio de primacía de la realidad, no obstante lo reglado de la vinculación laboral pública”; agregando en la misma providencia: En conclusión de este acápite, el Tribunal puede afirmar que, no obstante las restricciones que nacen desde la misma constitución y pasan por la regulación legal, en las relaciones que surgen dentro del empleo público también rigen de forma plena los principios de la protección constitucional del trabajo como derecho fundamental que es (artículo 25 de la C.P.), de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos determinados por*

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.

Y en específico ha señalado;

“En suma, si la realidad de quienes prestan sus servicios personales y subordinadamente a favor de los municipios se dividiera únicamente entre empleados públicos y trabajadores oficiales, sería válido que la justicia ordinaria absolviera a los entes territoriales de las pretensiones laborales elevadas por quien no fuera trabajador oficial. En ese escenario ideal, sería la justicia contenciosa la encargada de decidir el conflicto del demandante. Pero ya se vio que esa división no es la única que se presenta. Hay otras formas de vinculación irregular, que merecen de cualquier modo la misma protección que los derechos fundamentales les dispensan todas las relaciones laborales. Y en este caso, de hecho, hay una muestra clara de ello. Primero, porque el señor Carlos Alberto Altahona no es trabajador oficial. Segundo, porque hay razones palmarias para concluir tampoco es empleado público. En efecto, el demandante no ha

las normas laborales y de la primacía de la realidad sobre las formas pactadas por los sujetos de las relaciones laborales (artículo 53 ibídem) y por ello de demostrarse los elementos, puede pretenderse el pago de los derechos económicos derivados de las vinculaciones laborales públicas”.

tomado posesión del cargo, y de la Constitución expresamente presupone el cumplimiento de esa exigencia para el ejercicio de cualquier empleo público, cuando dice, en el artículo 122, que la persona, “(a)ntes de tomar posesión del cargo (...) deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”. Pero, además, el señor Altahona Noguera tampoco ha prestado el juramento de defender la Constitución y la ley y de cumplir los deberes de sus cargo, que son requisitos indispensables para ejercer un empleo público, de acuerdo con el artículo 122 de la constitución: “Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”. Y, por último, en el proceso ordinario no hay pruebas de que se hubieran dado los demás requisitos, que la Sección Segunda del Consejo de Estado ha juzgado imprescindibles para determinar si un sujeto es empleado público, a saber:

1)La existencia del empleo en la plata de persona de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2)La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales”

Concluyendo nuestro tribunal de cierre en la providencia citada:

“Por tanto, al existir formas distintas a las contempladas en la constitución y la ley para prestar los servicios a las entidades territoriales de cualquier orden, de las cuales muchas veces se hace caso omiso a los requisitos referidos para su buena marcha del mismo, este no debe ser obstáculo para que, si se determina la existencia del vínculo, no se puede ordenar el cumplimiento de los deberes que el legislador impone, cual es, el reconocimiento y pago de los haberes que la relación haya generado.”

Así las cosas, el supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, nos lleva a concluir que estamos 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, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53⁵⁰ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 29 de junio de 2012, mediante el cual se denegó el

⁵⁰ Y 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

reconocimiento de las prestaciones sociales de la accionante en virtud de su labor como auxiliar de enfermería en la E.S.E. Centro de Salud de Majagual ⁵¹.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que nos ocupa se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público⁵². Así se desprende que lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P., en tanto consagra el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales.

Reconocimiento que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual se ordenará que 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 de la E.S.E. Centro de Salud de Majagual, reconocimiento 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 desde el inicio de la vinculación con de la E.S.E Centro de Salud de Majagual, Sucre, esto es el 1 de julio de 2008 al 30 de junio de 2011. La liquidación la efectuará la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizara 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

⁵¹ El CONSEJO DE ESTADO, en providencia del 13 de mayo de 2013, expediente No. 05001233100020010363101, Sección II, Subsección B. CP GERARDO ARENAS MONSALVE, al respecto señaló: “Sea lo primero advertir, que la Sala ha venido expresando que el contrato de prestación de servicios no puede constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales y conforme a ello, en aras de hacer triunfar la relación laboral sobre las formas que pretendan ocultarla, es dable acudir a los principios constitucionales del artículo 53 de la C.P. que contempla la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas, con la finalidad de exigir la especial protección en igualdad de condiciones a quienes realizan la misma función pero en calidad de servidores públicos”

⁵² Más no la condición de empleado Público.

a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente mes por mes, para cada mesada prestacional.

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 el actor 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. Centro de Salud de Majagual⁵³.

No hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada⁵⁴.

Dentro de las pretensiones solicita el pago de unos salarios que no le fueron cancelados, a lo cual el despacho no accederá a lo solicitado por cuanto no hay prueba que la entidad demandada deba estos emolumentos a la accionada, carga que le correspondía al demandante, porque la entidad manifestó no tener deuda alguna por concepto de salarios ni honorarios.

Por último no hay lugar a condena por concepto de sanción moratoria habida cuenta que el derecho al pago de cesantías, sólo nace con la presente providencia, razón por la cual no se puede predicar mora en la exigibilidad de la misma, que es el supuesto generador.

⁵³“Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la reparación del daño no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista” Ídem 56.

⁵⁴ Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucia Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.....; Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1º de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08

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 de Procedimiento Civil.

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 tres (3%) por ciento de las pretensiones reclamadas⁵⁵, equivalentes a la suma de un millón cuatrocientos treinta y dos mil doscientos veintisiete pesos (\$1.432.227), conforme los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003, la duración del proceso y la actitud probatoria renuente de la entidad demandada.

5. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de CADUCIDAD DE LA ACCIÓN E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN; propuestas por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo de fecha del 29 de junio de 2009 proferido por la gerente de la ESE Centro de Salud Majagual, en cuanto negaron el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la señora ARNET PATRICIA MONTIEL YANEZ, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR a la ESE Centro de Salud de Majagual a pagar a la actora a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el periodo que prestó sus servicios la señora

⁵⁵Estimada en \$47.740.932 visible a folio 16.

ARNET PATRICIA MONTIEL YANEZ, esto es el 1 de julio de 2008 al 30 de junio de 2011; sumas liquidadas conforme al valor pactado 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 ARNET PATRICIA MONTIEL YANEZ, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena a la E.S.E. Centro de Salud de Majagual a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

CUARTO: CONDENASE en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense. Las agencias en derecho se establecen a favor de la parte demandante, en porcentaje en porcentaje del tres (3%) por ciento de las pretensiones reclamadas⁵⁶, equivalentes a la suma de un millón cuatrocientos treinta y dos mil doscientos veintisiete pesos (\$1.432.227), 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.

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.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
JUEZ

⁵⁶Estimada en \$47.740.932 visible a folio 16.