



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: **CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

ASUNTO: SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA
ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
PROCESO: 700013333002-2013-00209-01
DEMANDANTE: HUGO MIRANDA AREVALO
DEMANDADO: ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS

OBJETO DE LA DECISIÓN¹.

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2015 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA².

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor **HUGO MIRANDA AREVALO**, formuló demanda en contra de la **ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS**, formulando como **PRETENSIONES**, que se declare la nulidad de la Resolución No. 130091 de julio 10 de 2013 expedida por el Gerente de la **ESE CENTRO DE SALUD LOS PALMITOS**, mediante el cual se negaron las peticiones realizadas en escrito de fecha 25 de junio de 2013.

A título de restablecimiento del derecho pide, se ordene el pago de cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad,

¹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, que adicionó el artículo 65A de la Ley 270 de 1996, el Acuerdo 032 de 27 de agosto de 2009, y teniendo en cuenta la jurisprudencia horizontal y vertical existente sobre el tema se da prelación al asunto. Igualmente es aplicable el artículo 18 de la Ley 446 de 1998 en cuanto considera la naturaleza del asunto.

² Folios 1-15 Cuaderno Ppal.



bonificación por servicios recreación, cesantías e intereses de cesantías, diferencia salarial, por el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2013.

Asimismo, solicitó el pago de la retención en la fuente correspondiente al periodo que va del 1 de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2013 y el pago del salario correspondiente al mes de marzo y 3 turnos de 24 horas; y las sumas a pagar sean indexadas y se condene a la ESE al pago de costas del proceso.

Como fundamentos fácticos la parte actora expone que se vinculó laboralmente con la ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS, el día 01 de diciembre de 2011, a través de supuestos contratos de prestación de servicios profesionales, siendo varios los contratos celebrados, desde el 01 de diciembre de 2011 hasta el 28 de febrero de 2013

Que las funciones fueron las de atención de consultas médicas y la coordinación de servicios medico asistencial de la ESE CENTRO DE SALUD DE LOS PALMITOS, percibiendo una remuneración de \$3.200.000; entre el 9 de abril de 2012 y el 28 de febrero de 2013 las funciones fueron las de médico general para atención de consulta externa a pacientes y usuarios de la ESE, percibiendo una remuneración de \$2.400.000.

Que además firmó contrato de prestación de servicios para realizar tres (3) turnos de 24 horas y 8 turnos de 12 horas durante el mes de febrero de 2012, por valor de \$2.800.000; asimismo, para realizar 3 turnos de 24 horas desde el 1º al 24 de marzo de 2012 por valor de \$2.800.000.

Que laboraba bajo subordinación y dependencia del empleador, siendo su obligación cumplir horario de trabajo, reglamento, establecido por el jefe de recursos humanos de la entidad y cumplir las órdenes impartidas, siendo obligación igualmente permanecer en el puesto de trabajo en horas laborales y la vinculación mediante contratos de prestación de servicios fue una maniobra torticera para apoderarse de las prestaciones sociales y demás emolumentos salariales y no salariales a que tiene derecho el actor.

Que en la planta de personal de la ESE existe el cargo de médico general, el cual es ejercido desde el año 2002 por JHON JAVIER FUENTES PACHECO con un salario



superior al devengado por el actor, siendo que las funciones ejercidas son idénticas.

El 25 de junio de 2013 el actor presento a través de derecho de petición reclamación a la ESE solicitando los emolumentos que por esta vía judicial demanda, los cuales fueron negados a través de la Resolución No. 130091 de julio 10 de 2013.

Como normas violadas, se señalaron el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, artículo 17 de LA LEY 6ª de 1945, artículo 39 de la ley 200 de 1995, artículo 2º de la ley 244 de 1995, artículo 13 de la ley 344 de 1995, artículo 3º decreto 2933 de 1944, decreto 1160 de 1947 artículos 1 y 2, decreto 3136 de 1968 artículos 8 y 11, decreto 2400 de 1968 artículos 7 y 25, decreto 1848 de 1959 artículo 51, decreto 1045 de 1978 artículos 8,17,24,25,28,28,32 y 33.

El concepto de violación lo fundamento en el principio constitucional de primacía de la realidad traído por el artículo 53 de la Constitución Política y la protección al trabajo del artículo 25 ídem, expresando que fueron utilizados los contratos de prestación de servicios para encubrir una verdadera relación laboral. Asimismo, argumento su concepto en la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes, como la actividad medico sanitaria que presta la ESE demandada, cuya actividad de prestar servicios de salud es permanente

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³:

El ente demandado contestó la demanda dentro del término de traslado, oponiéndose a las pretensiones propuestas, señalando que el actor no estuvo vinculado laboralmente con la ESE CENTRO DE SALUD LOS PALMITOS, como lo muestran las copias de los contratos de prestación de servicios aportados en la demanda, los cuales no fueron sucesivos, siendo cierto que fue contratado para que ejecutara varios contratos de prestación de servicios.

Agregó, que los servicios no laborales fueron prestados por el contratista de forma autónoma y en ningún momento existió subordinación o dependencia con la entidad, no cumplió horarios, nunca se le impuso y que entre las partes en el desarrollo de los servicios se dio una coordinación más no subordinación

³ Fol. 122-127 C. Ppal.

Dijo que el doctor JHON FUENTES PACHECO ejerció el cargo de médico hasta el 19 de enero de 2013 por renuncia al cargo de médico general y que las funciones del doctor HUGO MIRANDA AREVALO fue contratada para ejecutar diferentes contratos de prestación de servicios con diferentes objetos.

En las razones de su defensa esgrimió que son claras las diferencias entre un contrato laboral y uno de prestación de servicios, siendo que este último no constituye relación laboral, razón por la cual no hay ninguna maniobra torticera para apoderarse de las prestaciones sociales del hoy actor, porque estas no se generan en el contrato de prestación de servicios y que la sola prestación del servicio en una horas determinadas no dan lugar a configuración de contrato realidad, porque en este caso era lógico que se contratara en las horas en que es necesario garantizar la prestación del servicio de salud por parte de la ESE, pero que al contratista no se le impuso horario, pues este tenía un obligación de hacer, además en todo caso, el solo cumplimiento de horario no configura subordinación. Como excepciones formuló: cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y solicitó el reconocimiento de aquellas que resulten probadas en desarrollo del proceso.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA⁴.

La Juez de primera instancia luego de realizar una análisis de precedentes sobre contrato realidad, señaló que las empresas sociales del Estado no pueden vincular profesionales de la salud por contrato de prestación de servicios cuando van a desempeñar funciones similares al personal de planta de la entidad, como quiera que si existe la necesidad de profesionales que cumplan tales funciones, se deberá crear los cargos y no utilizar este medio de contratación.

Expresó que por haberse cumplido los tres elementos de la relación laboral, además el actor cumplía las mismas funciones que el médico JHON JAVIER PACHECO, quien figuraba en la planta de personal de la ESE y unas adicionales como eran turnos de urgencias, se configuró entre el demandante y la empresa social del Estado, independientemente que la vinculación haya sido por prestación de servicios una relación laboral y tiene derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales y emolumentos laborales devengados por los empleados de planta.

⁴ Fol. 229 a 239 C. Ppal. No. 2.



En tal sentido, declaró la nulidad del acto administrativo enjuiciado y ordenó el pago de prestaciones sociales y demás emolumentos laborales devengados por los empleados de planta de la ESE CENTRO DE SALUD LOS PALMITOS, por todo el tiempo laborado, así como la seguridad social en lo correspondiente. Por último, condenó en costas a la entidad demandada.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN⁵:

La parte demandante inconforme con la sentencia de primera instancia oportunamente interpuso el recurso de apelación, solicitando la revocatoria parcial de la sentencia, por cuanto el a quo se abstuvo de ordenar el pago de los salarios correspondientes al mes de marzo y 3 turnos de 24 horas realizados en el mismo mes, por valor de \$6.000.000, siendo que obran como pruebas las documentales de 1 de marzo de 2012 y de 6 de marzo de 2012, en los cuales se prestó el servicio pero no fue cancelada la remuneración pactada en cada uno de esos contratos, agregando que si condenó al pago de prestaciones sociales con mucha más razón se debe condenar al pago de los salarios adeudados, cuando se declara la existencia de una relación laboral. Expuso que se debió condenar por la diferencia salarial existente entre lo devengado por el doctor JHON JAVIER PACHECHO como médico de planta y el actor vinculado mediante contrato de prestación de servicios y que asciende a la suma de \$8.693.000, por el periodo comprendido entre el 1º de diciembre de 2011 al 28 de febrero de 2013.

Asimismo, indicó el recurrente que el A quo no estableció con fundamento en que salario se realizaría el pago de las prestaciones sociales ordenadas en la sentencia, señalándose que se debe tomar en este caso, lo devengado por el médico de planta, doctor JHON JAVIER PACHECO, pues cumplían las mismas funciones, siempre que esta remuneración sea mayor a la pactada en el contrato de prestación de servicios.

1.5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO⁶.

La parte demandante y recurrente reiteró los argumentos expuestos en el memorial de apelación⁷. La parte demanda guardó silencio y el delegado del Ministerio Público

⁵ Fol. 248-253 C. Ppal. No. 2.

⁶ Ver nota Secretarial a folio 25 del cuaderno de segunda instancia

⁷ Folios 19-24 cuaderno de segunda instancia.



no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

Precisa el Tribunal que, al conocer del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la competencia se encuentra delimitada por los aspectos objeto de apelación y en lo que pueda ser desfavorable para el apelante, puesto que la pretensión de tal recurso, es lo que fija el ámbito de competencia del superior.

Por ello, los reparos que de forma concreta se expresen en la sustentación del recurso de apelación, constituyen el marco del Juez de segunda instancia para llevar a cabo la función revisora de la providencia impugnada, puesto que, esa función de –revisar sentencia –, que no es oficiosa tiene que apoyarse en la argumentación contenida en la sustentación del recurso de apelación, que le debe servir al *Ad quem*, para soportar la decisión de revocar o modificar la sentencia de primera instancia según lo pretendido por el apelante⁸.

El procedimiento impugnatorio en sede de alzada, solo permite revisar la providencia en cuanto al agravio que se denuncie en el escrito contentivo del recurso, esto es, la segunda instancia no es oficiosa, sino que depende de la iniciativa impugnatoria de la parte, limitando ello, la competencia del *Ad quem* para pronunciarse sobre aspectos no alegados o argumentos que no fueron formulados por el recurrente contra la decisión judicial⁹.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Como se advierte de los antecedentes, el reparo o inconformidad del recurrente – demandante en contra de la sentencia de primera instancia, bien relacionado directamente con el restablecimiento del derecho, en atención a que no se le

⁸ Folios 358 – 364. Cuaderno de 1ª Instancia.

⁹ Al respecto, Consejo de Estado, Sección III, Subsección A, Radicación número: 855001-23-31-000-1998-00118-01(19705), sentencia del 16 de septiembre de 2013. C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera



reconoció como tal unas diferencias salariales, el pago de un mes de salario y el valor a tomar como parámetro para liquidar el restablecimiento del derecho.

Para el efecto, será preciso determinar, ¿si dentro de la teoría del contrato realidad, hay lugar, una vez se declara la existencia del contrato realidad, al reconocimiento de salarios y diferencias salariales? Asimismo, se deberá establecer, ¿cual, es el parámetro base de liquidación de los valores que se reconocen a título de restablecimiento del derecho cuando prospera la teoría del contrato realidad?

2.2.1. DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio protector conocido como primacía de la realidad en las relaciones laborales, según el cual, la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada se imponen sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación si en la práctica se reúnen o dan las condiciones necesarias de una relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación) esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

Por ello, si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, establece la modalidad o posibilidad para que las entidades públicas celebren contratos de prestación de servicios, debe aclararse que en la medida en que mediante ellos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, porque materialización de la actividad o servicio contratado muestra la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elemento subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.

Ha dicho el Consejo de Estado que “se ha denominado contrato realidad aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma”¹⁰, agregando que, “el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no contiene una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio que traslade a la entidad contratante

¹⁰ Consejo de Estado, Sección II Subsección B, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Radicación número: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15). C. P. Sandra L. Ibarra.

la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia”.

En ese norte, la H. Corte Constitucional, ha señalado que *“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”*¹¹.

En el Contrato de Prestación de Servicios la característica determinante es que carece del elemento de subordinación laboral o dependencia, puesto que la actividad personal contratada se realiza a cuenta propia y con autonomía del contratista, tema específico sobre el cual, la misma Corporación expresó:

“Sobre el elemento en particular de la subordinación laboral, la Corte ha manifestado que es el “poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones y la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como éste debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.”¹²(Subrayado fuera del texto)

Así pues, la figura jurídica de la subordinación implica por lo tanto la aptitud que tiene el empleador para impartir órdenes al trabajador que condicionan la prestación del servicio, relacionadas con el comportamiento que tiene que tener el empleado durante el desempeño de sus funciones y con la forma de realizar sus labores”¹³.

Por su parte, acerca del Contrato de Prestación de Servicios y los elementos propios de la relación laboral, en Sentencia del 27 de enero de 2011, el H. Consejo de Estado, expresó¹⁴:

“En el contrato de prestación de servicios se desarrolla una actividad independiente que puede provenir de una persona jurídica con respecto de la cual no existe el elemento de la subordinación laboral que se refleja en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada, es decir, quien celebra un contrato de prestación de servicios tiene la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales y quien celebra un contrato de trabajo tiene el derecho al pago de éstas.

¹¹ Sentencia C-154-1997

¹² Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

¹³ Sentencia T-063 de 2006

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación número: 05001-23-31-000-1998-03542-01(0202-10). Actor: Gloria Mileidy Giraldo, Demandado: Municipio de Rionegro- Antioquia



Vale la pena precisar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral como la mencionada no implica conferir a la demandante la condición de empleada pública, 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.”¹⁵

Preciso es traer a colación, lo señalado por el Consejo de Estado, en sentencia del 15 de mayo de 2013, cuando sobre la ejecución de actividades permanentes bajo la modalidad de contratos de prestación de servicios expresó que:

“En este punto de la providencia, se advierte por la Sala que las entidades estatales no deben recurrir a la práctica de vincular personal bajo la modalidad de prestación de servicios para cumplir actividades permanentes propias de la administración y de esta manera evitar el pago de prestaciones sociales y de aportes parafiscales, entre otros, pues con dicha conducta, como se lo ha reiterado tanto esta Corporación como la Corte Constitucional, no sólo se vulneran los derechos de los trabajadores sino que además dicha nómina paralela desvirtúa la razón de ser del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, cual es la independencia y autonomía del contratista en el desarrollo del contrato con carácter temporal. En consecuencia, a los contratistas de prestación de servicios que logren demostrar que en realidad en su vinculación con una entidad, se configuraron los tres elementos propios de la relación laboral, se les debe reconocer y pagar como reparación del daño, los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato administrativo.

Finalmente, para la Sala está demostrado que el actor ejerció de funciones en iguales condiciones a las que desempeñan los servidores de planta de la entidad y que forman parte del “giro ordinario de su objeto” como es la prestación del servicio de salud, criterios éstos que como lo ha expuesto recientemente la Corte Constitucional, se trata del cumplimiento de funciones de carácter permanente para las cuales, por expresa disposición legal, está prohibida la celebración de contratos de prestación de servicios con la administración, lo que contradice el carácter temporal propio de este tipo de acuerdo”¹⁶

La Corte Constitucional, en sentencia C-171 de 2012, en la misma línea de pensamiento ha sido enfática en señalar que:

“La Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “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)”;

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000

¹⁶ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.



la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de 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”; (iv) al criterio de 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”; y (v) al criterio de 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”¹⁷

Ahora bien, cuando se desvirtúa el contrato de prestación, la persona que fue vinculada formalmente como contratista tiene derecho a recibir a título de reparación del daño, el valor de las prestaciones sociales dejadas de pagar, liquidación que se efectúa tomando en cuenta el valor de los honorarios profesionales pactados por las partes. El punto de vista del Consejo de Estado es el siguiente:

“(…) 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.

El artículo 53 de la Constitución que establece la prevalencia de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, no puede ser escindido, si no concordado con la “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, por lo que una vez declarada la situación irregular del contrato de prestación de servicios, la lógica jurídica y la interpretación gramatical de la norma superior no debe ser otra que reconocer las garantías establecidas en las normas jurídicas.

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda de ordenar la indemnización reparatoria 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 la indemnización de 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. (...)”¹⁸. (Negrillas fuera del texto).

En ese norte, una vez reunidos los elementos de la relación laboral, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, surge la consecuencia directa de

¹⁷ Al respecto consultar igualmente, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 614 del 2 de septiembre de 2009

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, C.P Bertha Lucía Ramírez de Páez. Sentencia de 19 de febrero de 2009, expediente No.3074-2005, actora: Ana Reinalda Triana Viuchi.



ella, que no es otro que el reconocimiento de los derechos laborales que la legislación colombiana prevé, lo cual siguiendo la tesis vigente del Tribunal Rector de lo Contencioso Administrativo¹⁹, se hace a título de indemnización por reparación de daño.

Acorde con lo expuesto, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, una persona vinculada al Estado formalmente para ejecutar una actividad en apariencia independiente y autónoma por prestación de servicios, puede lograr a título de reparación del daño, que se le reconozca y pague el equivalente a prestaciones sociales igualdad de condiciones que las personas que prestan sus servicios personales al Estado mediante vinculación legal o reglamentaria, siendo indispensable que se acredite que detrás de la labor de contratista o trabajador por cuenta propia, se esconde, disfraza una verdadera relación laboral, siendo cardinal la prueba de la subordinación²⁰; carga probatoria que corresponde exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por la protección que brinda el principio de la primacía de la realidad²¹.

Preciso es traer a colación lo dicho al respecto por el Consejo de Estado, quien señala que es una carga probatoria del actor demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal.

“CONTRATO REALIDAD – Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - En contrato realidad es del demandante / CARGA PROBATORIA – Demostrar la existencia de una relación laboral que desnaturaliza el contrato estatal. En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar

¹⁹ Ver además, Consejo de Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá, D. C., 19 de Febrero de 2009, Radicación Número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), CONSEJO DE ESTADO. Sección II, sentencia del 4 de marzo de 2010, expediente No Interno: radicado 1413-08, C. P. Gustavo Gómez Aranguren.

²⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sección II, sentencia del 4 de marzo de 2010, expediente No Interno: radicado 1413-08, C. P. Gustavo Gómez Aranguren. “El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador”

²¹ Expediente 4356-04 de 2006, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección “A” .Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García. 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” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección II, radicado 050012331000199901406 01.



la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral” (negrilla fuera del texto).²²

Misma providencia donde se señaló:

“En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral”

Se ha concluido, la forma en que se ejecuta la vinculación formal se impone frente a lo pactado por las partes, siempre y cuando se demuestre o pruebe la presencia de los elementos de la relación laboral, en especial, la subordinación. No obstante, se debe precisar que la relación laboral que surge de develar la verdadera naturaleza de un vínculo entre quien presta un servicio y quien lo recibe y se beneficia, en el caso que el contratante del mismo sea una entidad Estatal, ello no confiere ni otorga la calidad de empleado público, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado, puesto que *“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.”*²³

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, constante y reiteradamente ha señalado en sus pronunciamientos que:

“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.”.

...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

²² Ídem 3.”

²³ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente N° 1654-2000, Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda.



prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo (Art. 53 C.P)".^{24,25}
(negrillas fuera del texto).

Ahora, si bien el artículo 32 de la Ley 80 de 1993²⁶, que trata sobre el contrato de prestación de servicios, permitiría su celebración también para aquellas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, el tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo ha señalado claramente que este, no se puede pactar para realizar actividades o prestar servicios misionales, o tengan que ver con el giro ordinario de actividades de la entidad, pues ello implica permanencia²⁷. En tal sentido, la facultad de contratación, tiene una limitante en la medida que no puede ser utilizada para encubrir o enmascarar relaciones permanentes que configuren relaciones laborales subordinadas²⁸.

2.2. CASO CONCRETO.

Recapitulando tenemos que el actor y recurrente sustenta su recurso en tres reparos, relacionados directamente con el restablecimiento del derecho, así: no se le reconoció como tal unas diferencias salariales, el pago de un mes de salario y el valor a tomar como parámetro para liquidar el restablecimiento del derecho a que haya lugar.

Como se pudo establecer, cuando se logra desvirtuar la formalidad del contrato de prestación de servicios, en primer lugar el demandante no adquiere la connotación de empleado público.

Asimismo, el restablecimiento del derecho que se deriva de la aplicación de la tesis del contrato realidad, tiene una connotación conforme la tesis vigente del Consejo de Estado, indemnizatoria, que busca reparar el daño causado, indemnización que dicho sea de paso, consiste en el pago del valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas o establecidas para los empleados o personal vinculado a la

²⁴ 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 N°. 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).

²⁵ Sentencia del 15 de junio de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10). Consejo de Estado, Sección II Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

²⁶ Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados."

²⁷ Consejo de Estado, Sección II Subsección "B, sentencia de 7 de 2013. Consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Expediente No. 250002325000200800653 01. No. interno: 2696-2011.

²⁸ Sentencia del 15 de junio de 2011, expediente No. 25000-23-25-000-2007-00395-01(1129-10). Consejo de Estado, Sección II Subsección B, consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Igualmente, Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve. Sentencia del Consejo de Estado. M.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Bogotá, 25 de enero de 2001. Expediente: 1654-2000. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de junio de 2011, C.P. Gerardo Arenas Monsalve



entidad estatal demandada a través de una relación legal y reglamentaria, entendimiento que cubre, el efecto pensional que tiene el reconocimiento de los extremos temporales del vínculo laboral que surge de desvirtuar la formalidad del contrato estatal.

De la misma forma, se tiene que el principio de la primacía de la realidad en aplicación de la tesis del contrato realidad y como quiera que este no otorga la calidad de empleado público a quien en un principio fungió como contratista de la administración, como lo ha decantado la jurisprudencia de manera uniforme, el parámetro indemnizatorio que se adopte, esto es, el reconocimiento de los valores equivalentes a las prestaciones sociales que devengan los empleados de planta de la entidad estatal demandada, se realiza con fundamento en el valor de los honorarios profesionales pactados.

En ese orden de ideas, es claro que no hay lugar al reconocimiento de salarios pretendidos por el actor, como tampoco las diferencias salariales, pues lo reconocido no es a título de derecho laboral, sino a título de reparación del daño, máxime cuando no se adquiere la tiene la condición de empleado público, razón por la cual no se puede equiparar, en este caso, salarialmente con un empleado de planta de la ESE demandada.

Así las cosas, el Tribunal concluye que la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada bajo las consideraciones y precisiones indicadas a lo largo de esta providencia.

2.3. CONDENA EN COSTAS.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 rige un criterio objetivo en su imposición de conformidad con el artículo 188 de la citada codificación, como en ocasiones anteriores lo ha señalado este Tribunal y como quiera que en este caso no prosperó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, hay lugar a condenar en costas.

En tal sentido, la condena obrara estrictamente en lo que este probado en sujeción a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P. y bajo los parámetros del Acuerdo 1887 de 2003 emanado de la Sala Administrativa del C.S.J. Corresponderá



a la Secretaría del Juzgado de primera instancia proceder a elaborar la liquidación de costas en esta instancia.

3. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida por el JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, de fecha 15 de diciembre de 2015, acorde con lo argumentado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante. Procédase por la Secretaría del juzgado de primera instancia a la liquidación de las costas de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO: En firme este fallo, DEVUÉLVASE al Despacho de origen, CANCELESE su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial

Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 114

NOTÍFICASE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Ausente con permiso