TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, diecisiete (17) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**
M. DE CONTROL:	**NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**
PROCESO:	**70-001-33-33-003-2014-00017-01**
DEMANDANTE:	**MARÍA ELENA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**
DEMANDADO:	**E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**[1]

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 27 de enero de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda**.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[2]

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la señora **MARÍA ELENA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ,** contra la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, **solicitando**:

Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio 806 del 26 de septiembre de 2013, expedido por el Gerente de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, a través del cual se niega el reconocimiento

---

[1] En adelante HUS
[2] Folio 1-11 C.Ppal.

y pago de los salarios, prestaciones sociales y otros conceptos laborales a favor de MARÍA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, correspondientes a los periodos comprendidos entre el mes de agosto de 2011 hasta el mes de marzo de 2013.

Que como consecuencia de la anterior declaración, se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento del derecho, en el sentido de que la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, reconozca y pague a la señora MARÍA ELENA HERNÁNDEZ HÉRNANDEZ, los siguientes conceptos: i) Salarios correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2011; enero, marzo, abril, mayo y noviembre de 2012; enero, febrero y marzo de 2013; ii) El equivalente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho, tales como prima de servicios, prima de navidad, compensación en dinero de las vacaciones, auxilio de transporte, bonificaciones por servicios prestados, auxilio de alimentación, bonificación especial por recreación, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes al sistema de pensión y salud, en general las prestaciones que se causaron en el periodo en que estuvo vinculada a tal hospital, es decir, del mes de agosto de 2011 hasta marzo de 2013.

Que se condene en costas a la parte demandada y que las sumas de dinero reconocidas sean indexadas.

Como **fundamentos fácticos**, se afirmó en la demanda que:

La señora **MARÍA ELENA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ,** estuvo vinculada laboralmente con la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, mediante contratos de prestación de servicios profesionales, desde el mes de agosto de 2011 hasta el mes de marzo de 2013, prestando sus servicios personales como Auxiliar de Enfermería.

Los servicios fueron prestados de manera personal, subordinada, cumpliendo cabalmente sus funciones y en el horario fijado por la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que correspondía, al de lunes a viernes de 08:00 AM. A 12:00 PM y de 02:00 P.M a 06: 00 P.M. devengando como último salario la suma de $1.100.000.

En petición del 6 de septiembre de 2013, por conducto de apoderado, le solicitó a la E.S E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, el

reconocimiento y pago de los conceptos laborales objeto de la presente demanda.

Mediante oficio N° 806 de fecha 26 de septiembre de 2013, el representante legal de la entidad demandada, respondió en forma negativa la mencionada petición, alegando la inexistencia de vínculo laboral entre la señora MARÍA ELENA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, por lo que no se le ha pagado a la accionante los salarios adeudados, sus prestaciones sociales y demás conceptos laborales reclamados a través de este medio de control.

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

Como **normas violadas** se indicaron los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53, 58, 122, 123 ,124 De la Constitución Política; Artículos 58 y 60 del Decreto 1919 de 2002; Articulo 83 del Decreto 1042 de 1978; Articulo 7 del Decreto 1950 de 1993; Decreto 1848 de 1969; Articulo 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968 y Artículos 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

En el **concepto de la violación**, expresó la parte demandante que, el acto administrativo demandado, suscrito por el representante legal de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, esta falsamente motivado, en la medida en que afirma que lo pretendido por la demandante, no es procedente, toda vez que esta, no ha tenido relación laboral con dicho d. hospital, afirmación que se aparta de la verdad.

Señaló que recibía órdenes permanentes de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, y a la misma le correspondía cumplir las instrucciones que le impartía dicho hospital, evidenciándose el elemento de subordinación y que la actividad desplegada evidencia que ella realizaba las tareas propias de cualquier empleado, es decir, cumplía estrictamente el horario impuesto por la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, recibía y cumplía todas las órdenes de sus superiores. En otras palabras, se llenan todos los requisitos que la jurisprudencia constitucional exige para la configuración de una relación de trabajo. Actividad personal del trabajador, continuada subordinación del trabajador respecto a la entidad empleadora y un salario como retribución del servicio.

Agregó que, con la expedición del acto administrativo cuya nulidad se persigue, la E.S.E. HOSPIATAL UNIVERSITARIO DE SUCRE, menoscaba el principio mínimo constitucional de la igualdad en materia laboral, pues con este acto, se desconoce la actividad personal y subordinada realizada por MARÍA ELENA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

Por último, expuso que tratándose del principio de la primacía de la realidad, del artículo 53 del C.P, cuando existen datos provenientes de la realidad, estos se deben preferir a las informaciones contenidas en el papel.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

- Presentación de la demanda: 24 de enero 2014 (folio 1-10 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 14 de febrero de 2014, (folio 78 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 18 de febrero de 2014 (folio 80 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 25 junio de 2014 (folio 133-137 C.Ppal.)
- Audiencia inicial: 16 de febrero de 2016 (folio 191-192 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 04 de mayo de 2016 (folio 226 -228 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 27 de enero de 2016 (folio 239 a 256 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 06 de febrero de 2017 (folio 260 a 262 C. Ppal.).
- Auto que admite el recurso: 6 de julio de 2017 (folio 4 C. Apelación).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 14 de agosto de 2017 (Folio 08 C. Apelación).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[3].

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

Atinente a los hechos de la demanda, aceptó como ciertos, el 4, 10, 11, 12, 13, los cuales hacen referencia a que la actora a través de contratos de prestación de servicios, a la entidad demandada. Que el día 06 de septiembre de 2013 la acciónate, presentó escrito ante la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCLEJO, solicitando el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, el cual fue resuelto mediante Oficio N° 806 de fecha 26 de septiembre de 2013 negando la existencia de la relación laboral y que

[3] Folio 133-138 C. Ppal.

se dio cumplimiento al requisito de conciliación prejudicial; negó la existencia de los hechos 1, 8; consideró parcialmente ciertos los hechos 3, 5, 6, 9; y dijo no constarle el hecho 2, 7.

Fundamentó su defensa en la inexistencia de un contrato realidad entre las partes, pues lo que existió entre las mismas, fue un contrato estatal de prestación de servicios de apoyo a la gestión regido por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y el hecho de suscribir contratos de prestación de servicios, no viola el derecho de igualdad, ya que la situación del empleado público, que se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica, es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios, es decir, esta última no genera una relación laboral ni prestacional.

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

1.4. LA SENTENCIA APELADA[4].

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, profirió sentencia el 27 de enero de 2017, declarando la nulidad del acto demandado y ordenando el pago de prestaciones sociales y derechos pretendidos con base en los honorarios pactados, ello a título de reparación del daño. Asimismo, estableció que el tiempo anterior, debe ser computado para efectos pensionales, por lo que se condenó al HUS a consignar el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar.

Consideró el a quo, que existió una relación laboral disfrazada mediante sucesivos contratos de prestación de servicio, que se evidencia de las pruebas recaudadas en el expediente, en donde se advierte que la demandante, estuvo vinculada a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, desempeñando para tal efecto el cargo de Auxiliar de Enfermería- Auxiliar de Área de Salud, cuyo objeto era " apoyar la gestión en los procesos de AUXILIAR DEL ÁREA DE LA SALUD, en el servicio que le asigne el Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E, en los periodos

[4] Folio 239 a 256

comprendidos entre el 01 de agosto de 2011 hasta el 01 de enero de 2012, del 02 de enero de 2012 hasta el 31 de enero de 2012, del 01 de febrero de 2012 hasta 31 de mayo de 2012, del 01 de junio de 2012 hasta el 1 de julio de 2012, con adición hasta el 31 de agosto de 2012, del 01 de septiembre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2012, del 01 de octubre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012, con adición hasta el 31 de enero de 2013, del 01 de febrero de 2013, recibiendo una remuneración equivalente de $1.100.000 mensuales.

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

Con relación al elemento subordinación, dijo que existían evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello, puesto que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente, por el contario, como se acreditó en el plenario esta debía someterse a horario de trabajo, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación, citando como tales, copia simple de las planillas del horario asignado a la actora, para los servicios prestados en la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, durante los meses de noviembre y diciembre de 2011; enero, marzo, abril y mayo de 2012; y enero, febrero y marzo de 2013, en los cuales, el nombre de la señora MARÍA ELENA HERNÁNDEZ, aparece claramente relacionado, documento que fue aportado por la parte demandante, sin que existiera contradicción alguna.

Sumado a ello, expuso que la declaración de la señora TEDIS VICTORIA MUNIVE OROZCO, permite dar claridad sobre la relación laboral que mantuvo la actora con la entidad demandada, en especial, si aquella estuvo o no sujeta a subordinación, en atención a que la declarante, como bien lo afirmó en su declaración, laboró con la demandante.

Estimó por último, que la labor cumplida por los Auxiliares del Área de Salud-Auxiliares de Enfermería, de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, lleva comprendida la subordinación en el ejercicio de la

actividad, dado que las funciones desempeñadas por la demandante, no gozan de un margen de independencia en cuanto al manejo del horario de trabajo, puesto que su labor está supeditada a los turnos asignados por el Jefe inmediato; además que las funciones encomendadas a la actora se encontraban dentro de las necesidades o actividades que forman parte del giro ordinario de la entidad demandada, puesto que no permitían independencia en el desarrollo de las mismas, dado que requerían de las instrucciones de un superior, lo cual desvirtúa per se la regla general de la función pública.

1.5. EL RECURSO DE APELACION[5].

La entidad demandada inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, con los siguientes argumentos:

Señaló que la sentencia de primera instancia carecía de fundamentos fácticos y jurídico, toda vez que no existía prueba que acreditara la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora, como quiera que se no se acreditó que la contratista hubiese desempeñado labores que realizaban funcionarios de planta o de nómina del Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E., por lo que el elemento subordinación requerido para la conformación del contrato de trabajo no se encuentra probado, por lo que no se debió acceder a las súplicas de la demanda.

Afirmó el recurrente, que no era suficiente que la prestación personal del servicio, puesto que dentro del expediente no existe prueba de tales afirmaciones, y mucho menos del elemento subordinación propia de una relación laboral.

1.5. ACTUACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público.

Mediante auto de 6 de julio de 2017, admitió el recurso de apelación. En auto de 14 de agosto de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión y concepto del Ministerio Público.

[5] Folio 177 a 179 C.Ppal.

En esta oportunidad procesal solo la parte demandada hizo pronunciamiento (folio 14 C. Apelación), reiterando los argumentos expresados en el recurso de apelación.

El delegado del **Ministerio Público** no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA 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.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO.

Se solicitó la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 806 del 26 de septiembre de 2013, mediante el cual, el HUS, le niega a la actora, el reconocimiento y pago de una relación laboral, así como las prestaciones sociales y salarios derivados de la misma[6], por cuanto la actora estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta los antecedentes reconstruidos y el reparo formulado por la parte apelante, debe la Sala establecer, si *¿entre las partes en contienda, pese a la suscripción inicial de contratos estatales de prestación de servicios para la realización de actividades de enfermería en virtud del principio de la primacía de la realidad, se configuró una verdadera relación subordinada, -contrato realidad, con todas sus consecuencias prestacionales y laborales?*

2.4. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

Para llegar sustentar la decisión con la cual se dará respuesta al problema jurídico, la Sala abordara, su argumentación en los siguientes ítems, I) teoría del contrato realidad en el sector público, estado actual del precedente; análisis probatorio de la existencia del contrato realidad alegado por la señora MARÍA ELENA HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

[6] Folio 15 cuaderno de primera instancia.

2.4.1. TEORÍA DEL CONTRATO DE 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 de una relación, queriendo ello decir, que sea cualquiera la modalidad de contratación adoptada formalmente, si en la práctica se reúnen y prueban las condiciones necesarias de una relación laboral (prestación personal del servicio, salario y subordinación) esta debe ser reconocida y privilegiada sobre la formalidad.

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"*[7].

En tal sentido, el Consejo de Estado considera 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"*[8]*,* 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 la carga de probar que el contratista ejecutó el objeto contractual con autonomía e independencia*"

Por ello, si bien el artículo 32 de la ley 80 de 1993, pone de manifiesto que el contrato estatal de prestación de servicios, no sólo está autorizado para situaciones que se consideren excepcionales, sino también para aquellas actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la

[7] Sentencia C-154-1997. Refiriéndose al contrato realidad.
[8] 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.

entidad pública, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, debe aclararse que en la medida en que mediante la celebración de este tipo de contratos se esconda o encubra una verdadera relación laboral con el propósito de desconocer derechos laborales, o en su defecto se celebren para la ejecución de actividades permanentes o misionales, en donde materialización de la actividad o servicio contratado muestra la existencia de los tres elementos de una relación laboral, en especial el elementos subordinación, siendo una situación completamente distinta a lo establecido en el acto contractual, habrá lugar a la declaratoria de existencia de una relación laboral.

Es menester precisar que quien pretenda ser arropado por la teoría del contrato realidad en el sector público, asume la carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio la celebración del contrato estatal se entiende celebrado bajo la presunción legal de no dar lugar al pago y reconocimiento de salarios y prestaciones sociales, como lo indica el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que reza: "en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable"

Por ello, la tarea probatoria radica en demostrar la existencia de los tres elementos de una relación laboral, pero de forma cardinal y de sumo relieve, probar que existió una labor que celebrada y ejecutada en virtud de la formalidad de un contrato estatal por razón de la materialización de la misma, emergió subordinada, puesto que en el Contrato de Prestación de Servicios la característica determinante es que carece del elemento de subordinación laboral o dependencia, en el entendido 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."[9](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"[10].

En ese orden, la prestación personal del servicio como elemento de toda relación laboral trae consigo una especial condición cuando se analiza la tesis del contrato realidad en el sector público, puesto que el ejercicio de dicho servicio debe tener origen en un contrato estatal, bajo el entendido, que ello es lo que se pretende desvirtuar, desnaturalizar o desdibujar; claro está, sin llegar dijo, al punto de exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

Es importante mencionar, que según lo estipulado por el artículo 167 del CGP, aplicable por remisión del artículo 306 de la Ley 1437 de 2011, quien pretenda la prosperidad de las pretensiones, deberá arrimar los elementos de juicio necesarios para demostrar la existencia de una verdadera relación laboral, esto, es debe confirmar probatoria y procesalmente los presupuestos que la componen.

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 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" (negrillas fuera del texto).[11]

---

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

[10] Sentencia T-063 de 2006

[11] Ídem 3."

Frente al elemento subordinación, se ha señalado como la línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral, pues ello permite acreditar que la vinculación contractual formal**,** esto que detrás de la labor de contratista se esconde, disfraza una verdadera relación laboral. De donde se sigue entonces que la subordinación se configura cuando se acredita el desempeño de labores y actividades públicas en las mismas situaciones y condiciones de dependencia de cualquier otro funcionario público**[12]**, recordando tal como antes se expresó, que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización o cumplimiento de los fines estatales[13], sin embargo, ello no descarta que la sólo celebración del contrato y la ejecución material de la actividad personal contratada, *per se,* permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación[14] por estar ínsita en la misma actividad desplegada, o en otros por virtud del indicio, conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, o su permanencia y continuidad dan lugar a la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido[15], para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios[16].

---

[12] "*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 Segunda, radicado 05001233100019990140601.

[13] ARTÍCULO 3o. Ley 80 de 1993. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines

[14] Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

[15] Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve. Corte Constitucional Sentencia C-171 de 2012

[16] El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispuso: "Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural. // Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. // Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República. // Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.// Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones"

Por estar ligado al estudio del caso, es importante destacar, que en el sector salud, el artículo 59 de la ley 1438 de 2011, autorizó expresamente a las empresas sociales del estado, para desarrollar sus funciones, mediante contratación: 1. con terceros, 2. Empresas sociales del estado de mayor complejidad. 3. Entidades privadas; 4. Operadores externos.

Dispone la cita normativa:

> *"ARTÍCULO 59. OPERACIÓN CON TERCEROS. Las Empresas Sociales del Estado podrán desarrollar sus funciones mediante contratación con terceros, Empresas Sociales del Estado de mayor nivel de complejidad, entidades privadas o con operadores externos, previa verificación de las condiciones de habilitación conforme al sistema obligatorio de garantía en calidad"*

Al ser estudiada la constitucionalidad a través de la sentencia C- 171 de 2012, se declaró su exequibilidad condicionada, señalándose que la potestad de contratación otorgada por el artículo 59 de la ley 1438 de 2011 a las Empresas Sociales del Estado para operar mediante terceros, solo podrá llevarse a cabo: i) cuando no se trate de funciones permanentes o propias de la entidad, ii) cuando estas funciones no puedan llevarse a cabo por parte del personal de planta de la entidad o; iii) cuando se requieran conocimientos especializados.

Es de anotar que la potestad de contratación de las Empresas Sociales del Estado de sus funciones con terceros mediante convenios con entidades públicas o privadas, o a través de operadores externos viene dada desde el mismo artículo 174 de la ley 100 de 1993, que autorizó a las entidades públicas para que presten servicios de salud mediante contratos con otras entidades y ratificada entre otras normas posteriormente en el decreto 536 de 2004[17].

No obstante lo anterior, dicha facultad de contratación, tiene una limitante en la medida que la tercerización de servicios, no puede conllevar a la realización de intermediación laboral, por cuanto en tal eventualidad la

[17] Norma declarada nula por el Consejo de Estado, en sentencia del 19 de agosto de 2010, expediente No. 11001 0324 000 2004-00115 01 y 11001 0324 000 2005-00076 0 CP. Rafael Ostau de Lafont P., por incongruencia con el artículo 192 de la ley 100 de 1993.

entidad contratante será solidariamente responsable por las obligaciones laborales, como tampoco ello es óbice, para la configuración de la relación laboral si se encuentran reunidos sus elementos

De otro lado, es pertinente destacar que el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado[18], punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010[19].

Ahora bien, para que proceda el reconocimiento es menester considerar que con la ***Sentencia de Unificación CE-SUJ2 No. 5 de 2016***, ***del 25 de agosto de 2016 proferida por la Sala Plena de la Sección Segunda*** del H. Consejo de Estado[20], donde luego de un extenso y riguroso análisis del devenir de la teoría del contrato realidad en la Sección, se unificó postura sobre el término prescriptivo de la reclamación, los derechos a reconocer y la condición de su reconocimiento, así como la imprescriptibilidad del derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad.

> "3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales: i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo 70 Decreto 2277 de 1979, "por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente", artículo 36: "Derechos de los educadores. Los educadores al

[18] 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.

[19] "La Sala de Revisión también debe precisar, como se estableció en la parte 3 de esta sentencia, que el hecho de que se configuren los elementos propios del contrato realidad entre una persona y una institución oficial no significa que se adquiera la calidad de empleado público. La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha definido un límite al alcance del principio de "primacía de la realidad sobre las formas" en los casos en los cuales este se ha aplicado: el respeto de los principios que configuran la función pública. En consecuencia, la regla jurisprudencial que se ha decantado con los diferentes pronunciamientos de estas corporaciones es que ninguna persona puede ser empleado público sin que medien las siguientes condiciones: el nombramiento y la posesión, la existencia de un determinado régimen legal y reglamentario, una vacante en la planta de personal y la respectiva disponibilidad presupuestal; a pesar de que entre la respectiva entidad y el trabajador se haya verificado el cumplimiento del principio de primacía de la realidad sobre las formas"

[20] Consejo de Estado, Sección Segunda. Radicación No. 23001233300020130026001. C. P. Carmelo Perdomo C. Actor: LUCINDA MARÍA CORDERO CAUSIL Demandado: MUNICIPIO DE CIÉNAGA DE ORO (CÓRDOBA)

servicio oficial gozarán de los siguientes derechos: (…) b. Percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón; (…)": 35 contractual. ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad. iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional. iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA). v) Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables. vi) El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral). vii) El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador. De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados"

Así las cosas, la sub regla jurídica vigente de la Corporación Suprema de lo Contencioso Administrativo y precedente aplicable[21], entendido este "*como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla – prohibición, orden o autorización – determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico o una cuestión de constitucionalidad*

[21]. Sentencia T- 292 de 2006. Citada por Manuel Fernando Quinche Toro, en su texto, "el precedente judicial y sus reglas". Página 38.Ediciones doctrina y ley.

específica, semejantes", indica que la reclamaciones laborales que se deriven de la teoría del contrato realidad por celebración de contratos de prestaciones de servicios, deben ser realizadas dentro de los tres (3) años siguientes a la terminación del vínculo contractual – formal que se pretende desvirtuar, amén de lo expuesto frente al tema de aportes pensionales.

II. ANÁLISIS DE LA CIONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO

Los precedentes citados en el acápite previo son contundentes y permiten afirmar que es totalmente factible la configuración y existencia de una relación laboral con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad entre quien presta servicios personales al Estado bajo el ropaje de un contrato u orden de prestación de servicios, pero para ello, es necesario la prueba de los elementos de la misma, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración. Carga probatoria que corresponde exclusivamente a quien alega la figura del contrato realidad.

De cara a examinar si el acto demandado se encuentra viciado de nulidad por vulneración del artículo 53 de la Constitución Política, en el expediente se tiene confirmado procesalmente lo siguiente:

- **PRESTACION PERSONAL DEL SERVICIO Y REMUNERACION:**

A folios 17 a 46 C-1Ppal., constan los siguientes contratos que se resumen en el siguiente cuadro:

Tipo de Vinculación	Término	Valor	**V**. Mensual
Contrato de prestación de servicios de fecha 01 de agosto de 2011. (Folio 17-18 del Expediente).	5 meses	$5.500.000.00	$1.100.000.00
Contrato de prestación de servicios sin fecha. (Folio 21-23 del Expediente).	4 meses	$4.400.000.00	$1.100.000.00
Contrato de prestación de servicios N° 1394 de fecha 01 de junio de	2 meses	$2.200.000.000	$1.100.000.00

2012. (Folio 26-27 del Expediente).			
Adición del Contrato de prestación de servicios N° 1394. De fecha 31 de julio de 2012. (Folio 28 del Expediente).	1 mes	$1.100.000.00 Valor adicionado a la suma principal ($3.300.000.00)	$1.100.000.00
Contrato de prestación de servicios N° 1877 de fecha 01 de septiembre de 2012 (Folio 31- 32 del Expediente).	1 mes	$1.100.000.00	$1.100.000.00
Contrato de prestación de servicios N° 2530 de fecha 01 de octubre de 2012. (Folio 35 -36 del Expediente).	3 meses	$3.300.000.000	$1.100.000.00
Adición del contrato de prestación de servicios N° 2530. De fecha 02 de enero de 2013. (Folio 39 del Expediente).	Las partes convienen adicionar hasta el 31 de de Enero de 2013.	$1.100.000.00 Valor adicionado a la suma principal ($4.400.000.00)	$1.100.000.00
Contrato de prestación de servicios N°0408 de fecha 01 de febrero de 2013(Folio 42-43 del Expediente).	1 mes y 15 días	$1.650.000.00	$1.100.000.00 $5.50.000.00
Adición del contrato de prestación de servicios N°0408. De fecha 15 de marzo de 2013 (Folio 46 del Expediente).	Las partes convienen adicionar hasta el 05 de Abril del 2013.	$769.999.00 Valor adicionado a la suma principal ($2.419.999.000).	$769.999.00

De los anteriores documentos se extrae la prestación personal del servicio de la actora como Auxiliar de Enfermería y la remuneración pactada por el servicio prestado, el cual se materializó en el extremo temporal comprendido entre el mes de agosto de 2011 hasta el 05 de marzo de 2013.

- **SUBORDINACIÓN:**

Frente a la prueba de la subordinación, la Sala estima que la misma, contrario a lo argumentado por el recurrente, si se encuentra debidamente

evidenciada, no solo con la prueba documental y testimonial, sino por la misma materialización del servicio del servicio personal prestado por la señora MARIA ELENA HERNANDEZ, puesto las labores de enfermería, hacen parte del giro ordinario o misional de ESE, no siendo la vinculación esporádica u ocasional, sino todo lo contrario, como criterios claros e identificadores de una verdadera relación laboral permanente con el HUS.

En efecto, la suscripción de contratos sucesivos muestra que existía de manera clara un ánimo de la entidad hospitalaria, en emplear de modo permanente y continuo los servicios personales como enfermera (auxiliar) de la actora. En este sentido, lógico es concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral, lo cual encuadra en los criterios de habitualidad y permanencia de que nos ilustra la Corte Constitucional en la citada sentencia C 614 de 2009, que permiten inferir razonablemente la existencia de una relación laboral, pues el vínculo no fue simplemente eventual, desnaturalizando completamente la figura del contrato estatal de prestación de servicios formalmente celebrado.

Nótese asimismo, que dentro de los contratos pactados y llamados por la entidad contrato de prestación de servicios, se le indica a la actora cuales son sus deberes o funciones por cumplir, y la forma como debe prestar el servicio contratado, así como las condiciones de su labor, imponiéndole entre otras, toma de relevo y aparataje tras su uso con los pacientes que accedan a esta sala, revisión de los boxes de reconocimiento y sus aparataje comprobando su correcto funcionamiento, recepción de los pacientes que acuden al área donde se ejecuten los procesos bien por su propio medio o bien traídos por los diversos soportes, acudir a los boxes de reconocimiento para la realización de toma de constantes pruebas complementarias e instauración de tratamientos indicados por los facultativos, vigilar la correcta administración de los tratamientos tanto en los boxes de reconocimiento como en la sala de espera interior de pacientes, en caso de urgencia y no estar disponible un facultativo, proceder a la realización de las pruebas complementarias y tratamientos que se consideren necesarios (suministro de O2, canalización de catéter periférico, EKG, etc.), cumplimiento y registro(entendible y legible) en la gráfica de enfermería de los procedimientos, técnicas y cuidados aplicados al paciente. Asimismo quedará registrada en la gráfica la identificación del profesional de enfermería que realiza los cuidados enfermeros, vigilancia de la evolución de los pacientes durante su estancia

en el área, mantenerse expectante ante la llegada de resultados pendientes tanto de laboratorio como de RX. Compilación y custodia de la historia del paciente para su valoración definitiva por el facultativo, avisar y coordinar los ingresos de los pacientes en otras áreas del Hospital (Observación, Quirófanos, UCI, Unidades Hospitalización) con el enfermero /a receptor , previa revisión de las condiciones generales del paciente tratamientos instaurados, vías y sondas permeables, correcta fijación de apósitos y catéteres, higiene adecuada, acompañar al paciente que lo precise al TAC, UCI, QUIROFANO, ENDOSCOPIAS Y OBSERVACIÓN y todas aquellas funciones o actividades inherentes al cargo que no se encuentren descritas en el contrato.

Lo descrito, es un claro reflejo del ejercicio de poder de dirección de tareas y mando sobre la labor contratada que dista mucho de ser un simple acto de coordinación de actividades, sino una muestra fehaciente de la subordinación, pues en el mismo contrato se impartieron órdenes, sobre forma y condiciones del servicio personal.

Aunado a lo anterior, en audiencia de pruebas del 4 de octubre de 2016 (folios 226-228), se recepcionó la declaración de la señora **Tedis Victoria Munive Orozco[22], quien en su atestación informa que** trabajó en el Hospital Universitario de Sincelejo, y allí conoció a la señora MARÍA ELENA HERNÁNDEZ, como Auxiliar de Enfermería, laboró en el acuarto piso del Hospital Universitario de Sincelejo, es decir en medicina interna, cumpliendo un horario en las horas de la mañana de 07:00 am a 01: 00 pm al día siguiente de 01: 00 pm a 07:00 pm. y al día siguiente de 07:00 pm a 07:00 a.m, y así sucesivamente, que recibía órdenes en el piso donde laboraba medicina interna, allí hay unas enfermeras jefes, quienes entregan los turnos, unas enfermeras jefes que eran las que daban órdenes, sobre el buen manejo, los medicamentos que le daban a los pacientes, a las hojas que se utilizaban para las historias clínicas, como guantes, mascarillas, tapabocas, etc. y tenían coordinadora en sí que era la que les hacía el horario, y las que le decían si tenían que cambiar turno o que turno debían cumplir, que se llamaba la señora BEATRIZ CORTES.

[22] Audiencia de pruebas. Intervención a partir del minuto 07:23 al minuto 13:01. (folio 227).

No puede pasar por alto, tal como bien lo concluyó el A quo, que servicio personal cumplido como Auxiliar de Enfermería, implícitamente, al momento de ejercer las atribuciones encomendadas, tiene relación con el objeto misional de la ESE y envuelve el cumplimiento de las directrices u órdenes impartidas por su jefe inmediato; por ende, sin autonomía e independencia, lo cual, se reitera, no es, sino una clara muestra de la subordinación como elemento de la teoría del contrato realidad alegado.

CONCLUSIÓN PROBATORIA:

Las premisas decantadas en el acápite inicial de los considerandos de esta providencia, y luego del análisis crítico de las pruebas incorporadas de manera regular y oportuna al proceso, permiten concluir que muy a pesar de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, la presunción traída por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, fue desvirtuada, puesto que la reconstrucción procesal evidenció que entre las partes hoy en contienda lo que se desarrolló materialmente fue una relación de trabajo subordinada y dependiente, situación que conlleva la vulneración de los preceptos constitucionales establecidos en los artículos 25 y 53, citados como normas violadas y por ende se impone para esta Sala **la confirmación** de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de enero de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Sincelejo.

No obstante, es necesario modificar la sentencia de primera instancia, solo en el sentido de precisar, que conforme el precedente jurisprudencial de unificación de la Sección Segunda del H. Consejo de Estado, el cual fue citado líneas anteriores por este Tribunal, el reconocimiento de los derechos que surgen del contrato realidad, se realiza no a título de reparación del daño, sino a título de restablecimiento del derecho.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada, y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: **MODÍFIQUESE los numerales segundo y tercero la** sentencia apelada, esto es la proferida el 27 de enero de 2017 por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, solo en el sentido de precisar que el reconocimiento de los derechos que surgen del contrato realidad, se realizan no a título de reparación del daño, sino a título de restablecimiento del derecho. En lo demás, **CONFIRMESE** la sentencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la entidad demandada apelante y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** 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 Nº 199.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA