



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

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

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas.

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO.
PROCESO: 70-001-33-33-003-2014-00211-01.
DEMANDANTE: ERIKA ISABEL OSPINO RADA.
DEMANDADO: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO¹.

OBJETO DE LA DECISIÓN:

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

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA².

La señora ERIKA ISABEL OSPINO RADA, por conducto de apoderado judicial instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, con el fin de que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 471 del 06 de junio de 2014, expedido por el gerente de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, por medio del cual se niega el reconocimiento y pago de los salarios, prestaciones sociales, y otros conceptos laborales a favor de la actora.

¹ En adelante HUS

² Folios 1-8 cuaderno de primera instancia.

En Consecuencia de lo anterior, persigue se realice el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales a que tiene derecho y que se causaron en el periodo en que estuvo vinculada a la entidad demandada, esto es, desde el 1 de agosto de 2011 al 31 de mayo de 2012, así como los salarios correspondientes a los meses de diciembre de 2011 hasta mayo de 2012.

Pidió asimismo, **se** condene en costas a la parte demandada y que las sumas de dineros reconocidas sean indexadas.

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

La demandante se vinculó por medio de un contrato de prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería con la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo, siendo vinculada desde el **01 de agosto de 2011 hasta el 31 de mayo de 2012.**

Prestó sus servicios de manera personal, subordinada, cumpliendo cabalmente sus funciones y en el horario fijado por la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, devengando como último salario la suma de \$1.100.000, y nunca le fueron reconocidos sus derechos prestacionales.

Mediante Oficio de fecha 27 de mayo de 2014, por conducto de apoderado, le solicitó a la E.S.E el reconocimiento y pago de prestaciones y demás emolumentos laborales causados dentro de la relación laboral, el cual fue contestado por la entidad demandada mediante Oficio No. 471 de fecha 06 de junio de 2012, respondiendo en forma negativa la mencionada petición, alegando la inexistencia de vínculo laboral entre la actora y la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, razón por la cual no se le ha pagado a la accionante sus prestaciones sociales y demás conceptos laborales reclamados a través de este medio de control.

Agotó el requisito de procedibilidad de que trata la Ley 1285 de 2009 y el Decreto 1716 de 2009.

Como **normas violadas**, la parte actora señaló los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53, 58, 122, 123 y 124 de la Constitución Política; artículos 58, 59 y 60 del Decreto 1919 de 2002; artículo 10 del Decreto 1042 de

1978; artículo 7 del Decreto 1950 de 1993; Decreto 1848 de 1969; artículos 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968 y artículos 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

En el **concepto de violación**, se estimó que el Acto Administrativo demandado estaba 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 Hospital, afirmación que se aparta de la verdad, porque la actividad desplegada por la demandante evidencia que ella realizaba las tareas propias de cualquier empleado, es decir, cumplía estrictamente el horario impuesto, 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 de 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. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, menoscaba el principio mínimo constitucional de la igualdad en materia laboral, pues con este acto, se desconoce la constitucionalidad de la igualdad en materia laboral, así como también se desconoce la actividad personal y subordinada realizada por la señora ERIKA OSPINO RADA.

Por último, tratándose el principio de la primacía de la realidad, reglamentado en el artículo 53 de la Constitución Política, aduce que en lo laboral administrativo, cuando existen datos provenientes de la realidad, estos se deben preferir a las informaciones contenidas en el papel, para concluir que la señora ERIKA OSPINO RADA, prestó sus servicios personales, de manera subordinada y por una remuneración a la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO- SUCRE, por lo que su relación fue inminentemente laboral.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA³.

La E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, contestó la demanda en

³ Folio 80-83 cuaderno de primera instancia.

oportunidad legal. Al dar respuesta a los hechos de la demanda, indicó que no era cierto la existencia de un vínculo laboral subordinado, como tampoco el cumplimiento de horarios y la prestación personal del servicio; expresó asimismo, que era cierto el vínculo de la demandante como auxiliar de enfermería, pero bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios en el periodo comprendido entre agosto de 2011 al 31 de mayo de 2012, por lo cual recibía como honorarios la suma de \$1.100.000 mensuales; sin que existiera relación laboral alguna.

A renglón seguido, manifestó la entidad demandada oponerse a todas las pretensiones propuestas por la demandante, porque no le asistía el derecho invocado, argumentando que lo actora suscribió con el Hospital contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, por lo que no existió ninguna vulneración frente a los derechos reclamados, no existiendo contrato realidad, pues lo suscrito fue un contrato estatal que no genera relación laboral no pago de prestaciones sociales.

En relación con el pago de honorarios de diciembre y enero de 2012, adujo que, los mismos se encuentran legalizados en la Oficina de Pagaduría y pendientes de pago, siendo la mala situación que presenta el HUS la que ha generado inconvenientes administrativos que han impedido cumplir con el pago de los honorarios descritos.

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. Argumenta que 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.

1.3. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA APELADA⁴.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, dictó sentencia escrita el 27 de enero de 2017, en la cual resolvió declarar la nulidad del acto administrativo demandada y ordenó como restablecimiento del derecho, el pago de las prestaciones sociales comunes devengadas por los auxiliares de enfermería vinculados mediante relación legal y reglamentaria con la entidad demandada, durante el periodo comprendido entre el 01 de agosto de 2011 al 01 de enero de 2012; del 2 de enero de 2012 al 31 de enero de 2012; del 1 de febrero al 31 de mayo de 2012; tomando para el efecto, el valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de suscritos.

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 y dispuso el pago de los honorarios generados y no pagados correspondientes a los meses de diciembre de 2011, enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2012 y condenó en costas a la parte demandada.

En pro lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia, manifestó que en el caso bajo estudio, se concretaron los tres elementos que caracterizan el contrato laboral, por lo que aplica el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades (art 53 C.P), pues ya no se está en presencia de un contrato de prestación de servicios, sino de una relación laboral, asistiéndole a la actora el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas, pues existió una desnaturalización de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y la entidad demandada, configurándose los elementos de salario, retribución, prestación personal del servicio y subordinación; por lo que el reconocimiento de la relación laboral resulta procedente.

Indicó además, que de acuerdo con certificación emitida por el mismo ente accionado, a la actora se le adeudaban los honorarios de los meses

⁴ Folios 181-196 cuaderno de primera instancia.

de febrero, marzo, abril y mayo de 2012, sin aportar prueba alguna de su pago, carga de la prueba que le correspondía al demandado.

1.4 EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

La parte demandada – ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO –, presentó Recurso de Apelación solicitando la revocatoria de la Sentencia de Primera Instancia, argumentando su desacuerdo con la decisión judicial en que no existe prueba que acredite la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora, pues no se encuentra demostrado que la contratista hubiese desempeñado labores que realizaba funcionarios de planta del Hospital Universitario de Sincelejo, porque el elemento de subordinación no se encuentra probado por la razón de que la demandante era una contratista que requería la administración por la ausencia de personal que desempeñara lo contratado.

Agregó que no era suficiente encontrar probada la prestación personal del servicio y la remuneración parra la declaración de la existencia de una relación laboral, pues la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, nos dice que es deber del demandante probar los elementos esenciales para que exista una verdadera relación laboral, de ahí que no es suficiente que se pruebe uno o dos de ellos, se requiere demostrar todos los elementos.

Bajo esa óptica, indicó que no le asiste razón al Juzgado en cuanto a la desnaturalización del contrato que vinculó a la actora con el HUS, puesto que dentro del expediente no existe prueba de tales afirmaciones, y mucho menos del elemento subordinación propio de una relación laboral; por tanto en nada concuerda la decisión que toma el Juez en la sentencia con las pruebas aportadas dentro del proceso y la apreciación generalizada que hace de ellas, puesto que las Providencias Judiciales se deben ajustar a las pruebas aportadas por los sujetos procesales y a las que se practicaron en el curso del proceso, por lo tanto la Sentencia de Primera Instancia no tiene respaldo probatorio, toda vez que cuando la actora aceptó su vinculación mediante órdenes de prestación de servicios

⁵ Folios 200- 202.

era consciente de su vinculación y de la normatividad que la gobernaba, por lo tanto no es viable solicitar lo que ahora pretende se le reconozca por sentencia, ya que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, como tampoco es fuente de obligación.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El recurso de apelación se admitió en auto del 6 de julio de 2017, corriéndose traslado para alegar el 14 de agosto de 2017⁶.

En la etapa de alegatos, solo se pronunció la parte demandada, reiterando la argumentación presentada en el recurso de apelación e indicando además que los cuadros de turnos , como prueba documental, lo único que acredita es el cumplimiento del objeto pactado en los contratos de prestación de servicios suscritos entre la señora ERIKA OSPINO RADA y el HUS, razón por la cual, pide se revoque la sentencia de primera instancia por ausencia de pruebas y en consecuencia se nieguen las suplicas de la demanda⁷.

El Agente del Ministerio Público no presentó concepto de fondo⁸.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA EL Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, 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. 471 del 9 de junio de 2014, mediante el cual, el HUS, le niega a la señora ERIKA OSPINO RADA, el reconocimiento y pago de una relación laboral, así como las prestaciones sociales y salarios derivados de la misma⁹, por

⁶ Folios 1-8 cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folios 11-12 cuaderno de segunda instancia.

⁸ Nota Secretarial folio 14 cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folio 14 cuaderno de primera instancia.

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 ERIKA OSPINA RADA.

2.4.1. TEORIA 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”¹⁰.

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”¹¹*, 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 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 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.

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

¹⁰ Sentencia C-154-1997. Refiriéndose al contrato realidad.

¹¹ 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.

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 párrafo 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."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.

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,

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

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" (negritas fuera del texto).¹⁴*

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 público¹⁵, recordando tal como antes se expresó, que el

¹⁴ Ídem 3."

¹⁵ "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

contrato estatal puede ser suscrito para la realización o cumplimiento de los fines estatales¹⁶, 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 subordinación¹⁷ 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 prohibido¹⁸, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios¹⁹.

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

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

¹⁶ 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

¹⁷ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹⁸ 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

¹⁹ 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"

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 2004²⁰.

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 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

²⁰ 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.

contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado²¹, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010²².

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 Estado²³, 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 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

²¹ 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.

²² “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 adquiriera 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”

²³ 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)

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 aplicable²⁴, 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 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 –

²⁴. 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.

formal que se pretende desvirtuar, amén de lo expuesto frente al tema de aportes pensionales.

II. ANALISIS DE LA CONCURRENCIA 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:

• PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO:

Se encuentra plenamente acreditado a través de prueba documental, que la señora ERIKA OSPINO RADA, prestó sus servicios personales como auxiliar de enfermería al Hospital Universitario de Sincelejo, en los siguientes tiempos:

- Del 01 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de 2015
- Del 02 de enero de 2012 al 31 de enero de 2015
- 01 de febrero al 31 de mayo de 2012

Da cuenta de lo anterior, las copias de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, obrantes a folios 15-24 del cuaderno de primera instancia y que no fueron objeto de reproche probatorio alguno por la parte demandada²⁵.

²⁵ Las documentales antes referenciadas igualmente se aprecian a folios 122-129, remitidas con los antecedentes del acto administrativo demandado por parte del HUS.

De la misma forma, está acreditada la ejecución del servicio contratado con la copia de los turnos de horarios obrantes a folios 22-31 del cuaderno primera instancia, los cuales no fueron tachados ni desconocidos por la parte accionada.

En ese mismo orden, a folios 154-156 del cuaderno de primera instancia, se advierte certificación expedida por el Subgerente de Servicios Asistencia del HUS, en la cual hace constar la vinculación de la señora ERIKA OSPINO RADA mediante contrato estatal de prestación de servicios, cuyo objeto, era la prestación de servicios para apoyar la gestión de los procesos de auxiliar de enfermería del Hospital.

Así las cosas, se encuentra demostrada la prestación personal del servicio de la señora ERIKA OSPINO RADA en beneficio del HUS, ejecutando materialmente, funciones de enfermería.

- **LA SUBORDINACIÓN:**

Frente a la prueba de la subordinación, la Sala estima que la misma se encuentra debidamente evidenciada, no solo con la prueba recauda en el plenario, documental y testimonial, sino por la misma materialización del servicio del servicio personal prestado por la señora ERIKA OSPINO PRADA, 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, fue una prestación personal del servicio continua permanente en el HUS.

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 enfermería (auxiliar) de la señora OSPINO PRADA. 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, como criterios indicadores de 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.

En ese orden de ideas, la forma en que se desarrolló la prestación personal permanente y continua del servicio, que como vimos anteriormente se encuentra plenamente demostrada, da pie para afirmar existió una utilización indebida de la figura del contrato estatal, bajo los cuales y por el propio ejercicio de una función permanente y directamente relacionado con el objetivo misional de la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, deriva por virtud del principio de la primacía de la realidad en un contrato realidad

- **RETRIBUCIÓN:**

En este tópico, por sus servicios personales como auxiliar de enfermería, la actora, recibía una retribución pactada y pagadera de forma mensual y directamente por el HUS, a razón de \$1.100.000 mensuales, tal como lo demuestran las copias de los contratos de prestación de servicios formalmente celebrados entre las partes, obrantes a folios 15-24 del cuaderno de primera instancia.

CONCLUSIÓN PROBATORIA:

Bajo 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 y contrario a lo afirmado por la entidad demandada- recurrente, se puede concluir, que 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 evidencio 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 menester modificar la decisión de 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 del C.P.A.C.A. 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 apelante, a favor del demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, 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 **CONFÍRMESE** la sentencia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandada apelante y a favor del 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 N° 199.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA