



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN**

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, veintiséis (26) de enero de dos mil dieciocho (2018)

REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.
M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
PROCESO: 70-001-33-33-003-2014-00110-01
DEMANDANTE: SIOMARA REBECA MARTÍNEZ MARTÍNEZ.
DEMANDADO: E.S.E. CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS-SUCRE.

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de mayo 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 DEMANDA¹

Por conducto de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho la señora - formuló demanda contra el E.S.E. CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS- SUCRE, solicitando que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio sin fecha notificado el 21 de octubre de 2013, expedido por el Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS – SUCRE, mediante el cual se negó el reconocimiento de una relación laboral y el pago de los derechos laborales derivados de la misma a la señora SIOMARA REBECA MARTÍNEZ, por el

¹ Folio 1 a 10 cuaderno principal

periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2006 al 31 de octubre de 2007 y desde el 1 de abril de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2012 cuando se desempeñó como auxiliar de enfermería, vinculada mediante contratos de prestación de servicios.

A título de restablecimiento del derecho solicita se declare que entre ella y la entidad demandada existió una relación de trabajo en el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2006 hasta el 31 de octubre de 2007 y desde el 1 de abril de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2012.

Que se condene a la entidad demandada reconocer y pagar los salarios, prestaciones y demás emolumentos laborales adeudados, correspondientes al mencionado tiempo de servicios.

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

La señora SIOMARA REBECA MARTÍNEZ MARTÍNEZ, laboró de manera subordinada en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS- SUCRE como auxiliar de enfermería entre el 6 de septiembre de 2006 hasta el 31 de octubre de 2007 y desde el 1 de abril de 2008 hasta el 30 de septiembre de 2012, bajo la modalidad de prestación de servicios técnicos.

A partir del 1 de julio de 2010 los servicios fueron prestados por intermedio de la Cooperativa COOSALUD TDA, hasta el 31 de julio de 2011.

Que, los contratos fueron suscritos en los siguientes periodos: 1 de agosto de 2011 a 30 de septiembre de 2011; 1 de octubre de 2011 a 30 de noviembre de 2011; 1 de diciembre de 2011 a 31 de diciembre de 2011 y del 27 de abril de 2011 al 31 de julio de 2012.

Cumplió cabalmente las funciones y horarios fijados unilateralmente por la entidad demandada y en desarrollo de sus funciones siempre recibía órdenes directas de la gerente y del jefe de urgencias de la E.S.E., y/o médicos tratantes, pues el empleo es de aquellos que no tienen autonomía técnica ni científica, recibiendo como contraprestación mensualmente la suma de \$800.000.

En la vinculación se configuraron los tres elementos del contrato realidad de conformidad con el artículo 53 de la C. P.

Finalmente, afirma que la demandada actualmente le adeuda el pago de las prestaciones sociales y nunca se le afilió a fondo de pensiones y cesantías por lo que presentó demanda buscando se declare la nulidad del acto demandado.

Como **normas violadas**, la parte actora en su demanda, señaló los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 28, 43, 58, 122, 123, 124 de la C. P. Asimismo, los artículos 58, 59 y 60 del Decreto 1919 de 2002, el artículo 13 de la Ley 344 de 1998, el artículo 83 del Decreto 1848 de 1969, el artículos 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968 y los artículos 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

En el **concepto de la violación**, citó decisiones sobre el principio de la primacía de la realidad del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional. Afirmando que el acto administrativo demandado estaba afectado por el vicio de falsa motivación, porque la actora siempre cumplió ordenes permanentes y le correspondía cumplir las instrucciones que le impartían en la entidad demandada, evidenciándose el elemento subordinación, realizando las tareas propias de un empleado de la ESE, cumpliendo estrictamente el horario impuesto y las órdenes de sus superiores.

Asimismo, expresó que con el acto demandado se desconoce el principio mínimo de igualdad en materia laboral, porque se desconoce la actividad personal y subordinada realizada por SIOMARA MARTINEZ MARTINEZ y con el ello, el principio de la primacía de la realidad del artículo 53 de la C. P., dado que existen datos provenientes de la realidad que se deben preferir a las informaciones contenidas en el papel.

2. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA

- Presentación de la demanda: 16 de mayo de 2014 (folio 1 C. Ppal.).
- Admisión de la demanda: 30 de mayo de 2014, (folio 65 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 26 de agosto de 2014 (folio 63 a 66 C. Ppal.).
- Contestación de la demanda: 5 de mayo de 2015 (folio 80 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 18 de febrero de 2016 (folio 101 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 18 de octubre de 2016 (folio 119 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 12 de mayo de 2017 (folio 125 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 18 de mayo de 2016 (folio 144 C. Ppal.).

2.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

El ente demandado, a través de apoderado judicial contesta la demanda, señalando que se opone a todas las pretensiones, porque la relación con la demandante nunca fue subordinada, que la prestación del servicio fue independiente, que existió relación de coordinación u orientación y que el contrato de prestación de servicios se suscribió entre la ESE CENTRO DE SALUD y la COOPERATIVA COOSALUD.

Agregó que el supuesto cargo desempeñado por la actora no hace parte del servicio que presta la ESE, sino de su funcionamiento, el cual puede ser contratado por la figura jurídica del contrato de prestación de servicios según las prescripciones del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y que en tal supuesto no se genera la condición jurídica que pretende se le reconozca y no hay lugar a pago de prestaciones solicitadas.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, alegando que el vínculo fue por prestaciones de servicios y por las necesidades en momentos específicos, no hubo continuidad, lo que interrumpe cualquier lapso laboral que la demandante pretende reclamar. En relación con los elementos de la relación laboral, no se dio la subordinación pues jamás se dio horario de trabajo, pues en el contrato se dejó claro lo que se debía ejecutar.

De igual forma, formuló la excepción de prescripción, señalando que los derechos laborales prescriben en tres años, los cuales para el caso, ya habían transcurrido.

2.2. LA SENTENCIA APELADA³.

El Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo profirió sentencia escrita el 12 de mayo de 2017 en la cual declaró la nulidad del acto administrativo demandado y a título de restablecimiento del derecho ordenó reconocer el valor equivalente a prestaciones sociales comunes devengadas por los auxiliares de enfermería vinculados mediante relación legal y reglamentaria, durante el periodo comprendido entre el 6 de septiembre de 2006 al 30 de septiembre de 2012 conforme el valor pactado

² Folios 125-140 cuaderno de primera instancia.

en los contratos de prestación de servicios suscritos. Igualmente dispuso el pago de aportes pensionales y la actualización de la condena.

Para el efecto, el despacho de primera instancia, manifestó que se logró en el proceso demostrar los elementos de la relación laboral, porque las pruebas documentales arrimadas al plenario indican que la actora suscribió contratos de prestación de servicios con la ESE CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS, para cumplir con labores de auxiliar de enfermería, laboratorio clínico, vacunación, propias del servicio de la ESE, en los periodos comprendidos entre el 6 de septiembre de 2006 al 30 de septiembre de 2012, recibiendo como ultima contraprestación la suma de \$800.000.

En relación con la subordinación expuso, que las planillas de horario de turnos asignados por la ESE y la declaración de los señores EMIL BELTRÁN ORTIZ, demuestran que la sujeción de la actora a jornada de trabajo, cumplimiento de turnos previamente asignados y órdenes impartidas por la Jefe de Enfermería y la Coordinadora de la entidad, así como la ausencia de autonomía e independencia en la realización de las funciones, las cuales fueron realizadas de manera permanente, dada la continuidad de las suscripción de órdenes de servicios por más de 6 años.

Indicó el A quo, que las funciones desarrolladas eran propias del giro ordinario de las necesidades y actividades de la entidad demandada y que no permitían la existencia de independencia, puesto que la labor de enfermería lleva comprendida la subordinación.

En relación con las excepciones dijo que no tenían vocación de prosperar porque se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo demandado, dado que si existió la relación laboral y frente a la prescripción la misma no operó porque la reclamación fue realizada dentro de los tres años posteriores a la terminación del vínculo.

2.3. EL RECURSO DE APELACIÓN⁴.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandada formuló recurso de apelación, solicitando su revocatoria, argumentando que el juzgado dio por probado los elementos de una relación laboral que no estaban demostrados, pues no se distinguió entre la subordinación propia

⁴ Folios 157-163 cuaderno de primera instancia.

del contrato laboral y la supervisión del contrato estatal, para confundir que la supervisión del contrato se convirtió en subordinación, puesto que la realidad probatoria era otra.

Afirmó la parte recurrente que lo único probado en el proceso era la vinculación mediante contrato de prestación de servicios regidos por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que no generan en modo alguno pago de prestaciones sociales y los cuadros de turno y horarios no son prueba fehaciente e inequívoca de la existencia del contrato de trabajo, puesto que con ellos no reflejan subordinación.

Agregó, que con la prueba testimonial no se logra probar el elemento subordinación propio de un contrato de trabajo, porque el testigo no es coherente con lo que dice, notándose que a uno de las respuestas dice: ***“Yo empecé a trabajar en el 2011, he tenido salidas, pero cuando ella ingresó yo estaba trabajando con la E.S.E.”*** y que solamente con este dicho, se logra inferir, que al testigo no le constan los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones de la demanda, pues la demandante pretende que se le cancelen prestaciones sociales desde el 6 de septiembre de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2012.

Por otro lado, señaló que la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado, a través de la Sentencia radicada bajo el número IJ-0039 fechada noviembre 18 de 2003 sentó su posición jurisprudencial en el sentido de que aún en aquéllos casos en que la administración pública desnaturalice el contrato de prestación de servicios celebrado con fundamento en la Ley 80 de 1993, y se configuren los elementos del contrato de trabajo, ello no genera como consecuencia el pago de las prestaciones sociales y que la acción para invalidar el vínculo contractual es la acción contractual del artículo 87 del C. C. A., por lo que la acción presentada excede los dos años del término de caducidad para interponerla.

Con fundamento en lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia y se absuelva a la entidad de las pretensiones de la demanda.

3. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. LA COMPETENCIA.

Esta Sala 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.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

Partiendo de los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar, si ¿hay lugar a la configuración de una relación laboral entre la señora SIOMARA REBECA MARTINEZ MARTINEZ y la Empresa Social del Estado CENTRO DE SALUD SAMPUES - SUCRE E.S.E.?

I. LA TEORÍA DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO.

El artículo 53 de la Constitución Política establece el principio protector conocido como primacía de la realidad en las relaciones laborales, según el cual, la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada se imponen sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes 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.

Por ello, 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"*⁵.

El H. Consejo de Estado considera que se denomina contrato realidad, *"aquél que teniendo apariencia distinta, encierra por sus contenidos*

⁵ Sentencia C-154-1997. Refiriéndose al contrato realidad.

materiales una verdadera relación laboral en donde se establece el primado de la sustancia sobre la forma”⁶; 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”

Es menester entonces 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”

Frente a ello, valga decir entonces, que 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, porque, 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 a exigir prueba solemne del mismo, pues de lo que se trata es de probar su ejecución.

Probado el primer elemento, la tarea probatoria radica entonces, en confirmar procesalmente 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

⁶ 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.

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."⁷(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"⁸.

Al respecto, el H. Consejo de Estado, señala:

*"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).⁹

En ese sentido, la subordinación es el elemento que permite acreditar que la vinculación contractual formal 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 público¹⁰, recordando que el contrato estatal puede ser suscrito para la

⁷ Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

⁸ Sentencia T-063 de 2006

⁹ Ídem 3."

¹⁰ "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 050012331000199901406 01.

realización o cumplimiento de los fines estatales¹¹, 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 subordinación¹² 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 prohibido¹³, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios¹⁴.

En orden de lo expuesto, 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 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 Estado¹⁵, punto este que igualmente, acoge la

¹¹ 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

¹² Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

¹³ 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

¹⁴ 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"

¹⁵ 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.

Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010¹⁶.

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 Estado¹⁷, 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 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

¹⁶ "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"

¹⁷ 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)

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”

II. CASO CONCRETO

Recapitulando, la parte demandante afirmó que se vinculó mediante contratos de prestación de servicios como auxiliar de enfermería con la ESE CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS, desde el 6 de septiembre de 2006 hasta el 30 de septiembre de 2012, el cual derivó en una verdadera relación laboral, tesis acogida por el Despacho de Primera Instancia, quien aplicando el artículo 53 de la Constitución Política y analizando las pruebas arrimadas al expediente, la labor cumplida, el término de la misma, concluyó que efectivamente, la relación que existió entre las partes hoy en contienda, fue de carácter laboral.

La parte demandada – ESE CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS, contra la decisión de primera instancia formuló recurso de apelación, solicitando la revocatoria de la misma; centrando sus reparos en la ausencia de prueba de la subordinación para declarar el contrato realidad y en que la acción para invalidar el contrato estatal celebrado formalmente por las partes, era la acción contractual, la cual para la fecha de presentación de la demanda se encontraba afectada por la caducidad Conforme el material probatorio

incorporado de manera oportuna y las premisas decantadas en acápite anterior, debe la Sala analizar si se encuentran demostrados los elementos que condicionan la aplicación de la teoría del contrato realidad, a saber, prestación personal del servicio bajo modalidad contractual, subordinación y la retribución.

Pues bien, tal como se precisó en líneas previas la tesis del contrato realidad en el sector público, parte de la existencia de un contrato estatal formalmente celebrado que por su ejecución y en virtud del principio de la primacía de la realidad deriva en una relación subordinada, que desvirtúa la presunción legal establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En ese orden, como quiera que la parte demandada se duele de la inexistencia de prueba que acredite los tres elementos del contrato realidad, a saber, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, es menester entrar a revisar si los mismos, se encuentran acreditados en el presente proceso, a lo cual pasa la Sala, así:

- **DE LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO EN EJECUCIÓN DE CONTRATO ESTATAL Y SUS EXTREMOS TEMPORALES:**

La certificación obrante a folio 49 del expediente da cuenta que la señora SIOMARA REBECA MARTÍNEZ MARTÍNEZ, estuvo vinculada a la ESE CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS, ejecutando labores de **auxiliar de enfermería**, desde el 1 de octubre de 2006 al 31 de marzo de 2008 y del 1 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2012, hecho probado que no es discutido por las partes. Servicio que fue prestado en ejecución de órdenes y contratos de prestación de servicios.

La anterior prueba documental no fue objeto de tacha alguna, razón por la cual, es prueba idónea para acreditar la ejecución del servicio personal prestado.

De igual forma, los contratos anexados a folios 25-46 del cuaderno de primera instancia, dan cuenta del objeto del servicio personal contratado, como auxiliar de enfermería, así como las certificaciones que se aprecian a folios 48 y 50, suscritas por el Coordinador de la ESE CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS.

- **DE LA REMUNERACIÓN O RETRIBUCIÓN-**

De los contratos celebrados se advierte que por los servicios prestados la actora recibía como contraprestación por sus servicios personales como auxiliar de enfermería, la suma de \$800.000 mensuales.

- **SUBORDINACIÓN:**

Al margen de la crítica probatoria efectuada por la parte demandada al testimonio del señor EMIL RAFAEL BELTRÁN ORTIZ, recaudado en audiencia de pruebas realizada el 18 de octubre de 2016¹⁸, esta Sala considera que probado como está la prestación personal del servicio cumpliendo labores de **auxiliar de enfermería**, la sola ejecución de los mismos, implícitamente lleva inserta la dependencia y subordinación de la demandante respecto del ente hospitalario. Ello, como quiera que no se puede predicar independencia, autonomía o solo labores de supervisión, en el servicio personal prestado (dicho sea de paso, ejecutado en la misma sede) por la razón misma de la labor, que está directamente ligada al objeto y contenido misional de la Empresa Social del Estado, que no es otra que la prestación de servicios de salud, encontrándose por ende sometida la conducta de la actora a las reglas, órdenes y directrices que se establecen para el cumplimiento del cometido misional de ESE.

Al respecto y en refuerzo de lo argumentado, el H. Consejo de Estado, ha señalado:

"En el caso de autos, según obra en el plenario, se suscribieron con la demandante Contratos de Prestación de Servicios, de forma continua e ininterrumpida. No se trató, entonces, de una relación o vínculo de tipo esporádico u ocasional sino de una verdadera relación de trabajo que, por ello, requirió de la continuidad durante más de 24 meses, constituyéndose en un indicio claro de que bajo la figura del Contrato de Prestación de Servicios se dio en realidad una relación de tipo laboral, en idénticas condiciones a las de una Enfermera de planta.

Mal podría sostenerse, entonces, que existió una relación de coordinación, cuando la actividad de la actora se cumplió de conformidad con las orientaciones emanadas por la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento, prestando sus servicios de manera subordinada y no bajo su propia dirección y gobierno.

En este orden de ideas, no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la Entidad demandada, utilizando Contratos de Prestación de Servicios para satisfacer necesidades

¹⁸ Tal como consta en DVD GRABACION obrante a folio122 del cuaderno de primera instancia.

administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas, pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a éste.

En conclusión, quedó desvirtuada la vinculación como contratista para dar lugar a una de carácter laboral, que si bien es cierto no puede tener la misma connotación del empleado vinculado mediante una relación legal y reglamentaria, no es menos cierto que este tipo de personas laboran en forma similar al empleado público con funciones administrativas”¹⁹

En esa misma óptica, la Corte Constitucional en Sentencia T 723 del 16 de diciembre de 2016, señaló

“De otra parte, es un hecho constatado por la jurisprudencia que los poderes públicos han utilizado de forma abierta y amplia la figura del contrato de prestación de servicios para enmascarar relaciones laborales y evadir consistentemente el pago de prestaciones sociales, desconociendo así las garantías especiales de la relación laboral que la Constitución consagra, dejando de lado además, la excepcionalidad de este tipo de contratación. En ese contexto, las garantías de los trabajadores deben ser protegidas por los órganos competentes, con independencia de las prácticas y artilugios estratégicos a los que acudan los distintos empleadores para evitar vinculaciones de tipo laboral y burlar los derechos laborales constitucionales de los trabajadores al servicio del Estado, sobre todo cuando es éste el principal encargado, a través de sus entidades, de garantizar el cumplimiento de la Carta Política. El uso indiscriminado de contratos de prestación de servicios constituye una violación sistemática de la Constitución, razón por la que la jurisprudencia ha establecido los casos en los que se configura una relación laboral, con independencia del nombre que le asignen las partes al contrato y ha sido enfática en sostener que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 Superior, el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales debe aplicarse en las relaciones laborales entre particulares y en las celebradas por el Estado. Al respecto la Corte señaló que

“[a]sí las cosas, independientemente del nombre que las partes asignen o denominen al contrato porque lo realmente relevante es el contenido de la relación de trabajo, existirá una relación laboral cuando: i) se presten servicios personales, ii) se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección directa sobre el trabajador y, iii) se acuerde una contraprestación económica por el servicio u oficio prestado. Por el contrario, existirá una relación contractual regida por la Ley 80 de 1993 cuando: i) se acuerde la prestación de servicios relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad pública, ii) no se pacte subordinación porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada, iii) se acuerde un valor por honorarios prestados y, iv) la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADOSALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN “B”Bogotá D.C., siete (7) de febrero de dos mil trece (2013). CONSEJERA PONENTE: DOCTORA BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. REF: EXPEDIENTE No. 250002325000200800653 01. No. INTERNO: 2696-2011. Asimismo, CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN SEGUNDA SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: ALFONSO VARGAS RINCON, Sentencia del 13 de febrero de 2014.Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00449-01(1807-13) Actor: DANIEL EDUARDO SÁNCHEZ SIERRA.

Dicho en otros términos, esta última condición para suscribir contratos de prestación de servicios hace referencia a aquellos casos en los que la entidad pública contratante requiere adelantar labores ocasionales, extraordinarias o que temporalmente exceden su capacidad organizativa y funcional, pues se desdibujaría la relación contractual cuando se contratan por prestación de servicios a personas que deben desempeñar exactamente las mismas funciones que, de manera permanente, se asignan a los empleados públicos"

Es de recordar como se expuso en acápites previos, que el contrato estatal de prestación de servicios no está vedado para que el Estado o la Administración a través de su celebración persiga el cumplimiento de fines estatales²⁰, cuando ellos no se puedan celebrar con personal de planta y la labor, no guarde estrecha y directa relación con las actividades administrativas y/o misiones de la entidad territorial, pues ello implicaría, el ejercicio o desempeño de funciones permanentes, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios²¹.

Asimismo, recuérdese que el contratista es un colaborador del Estado para el cumplimiento de sus cometidos o fines y en tal sentido se constituye en un deber como lo establece el artículo el numeral 2 del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, "*colaborar con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse*", debiendo reiterar esta Sala que "*entre contratante y contratista puede existir una relación de coordinación en sus*

²⁰ 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.

²¹ 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"

actividades²², de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación”²³⁻²⁴

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 público²⁵, recordando tal como antes se expresó, que el contrato estatal conforme las estipulaciones de la ley 80 de 1993, puede ser suscrito para la realización de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, esto es, que tengan que ver con el giro ordinario de sus actividades u objeto social, sin embargo ello no descarta que la sólo celebración del contrato *per se*, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación²⁶ 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 la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra expresamente prohibido²⁷, como el caso que nos convoca.

En este punto, toma suma importancia el pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C – 614 de 2009, con

²² Esta Sala bajo las consideraciones expuestas líneas antes, estima que esa coordinación de actividades no es solo posible sino necesaria para el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas.

²³ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. Expediente No: 05001-23-31-000-2002-04865-01. Sentencia del 6 de mayo de 2015. C.P. Luis R. Vergara Quintero.

²⁴ Ídem 9.

²⁵ “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 050012331000199901406 01.

²⁶ Amén de aquellas labores donde la subordinación se encuentra ínsita en el desarrollo de la misma, como es el caso de los docentes, vigilantes.

²⁷ Consejo de Estado, sentencia del 15 de mayo de 2013, Sección II Subsección B, Radicación: No.05001233100020010363101. CP. Gerardo Arenas Monsalve.

ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en el cual se aborda el estudio del contrato de prestación de servicios y la prohibición para la Administración Pública de celebrarlo para el ejercicio de funciones de carácter permanente, señalando que:

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

La segunda, la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. De esa manera, ahora resulta relevante e indispensable establecer cómo debe entenderse el concepto de función permanente. Pasa la Sala a ocuparse de ese tema:

La jurisprudencia colombiana permite establecer algunos criterios que definen el concepto de función permanente como elemento, que sumado a la prestación de servicios personales, subordinación y salario, resulta determinante para delimitar el campo de la relación laboral y el de la prestación de servicios, a saber:

i) Criterio funcional: la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la Constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En este sentido, la sentencia del 21 de agosto de 2003, de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expresó:

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

ii) Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia citada del 6 de septiembre de 2008).

iii) Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia ya citada del 3 de julio de 2003). Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de abril de 2008).

iv) Criterio de la excepcionalidad: si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública (Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2002 a que se ha hecho referencia). Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia consideró ajustado al ordenamiento jurídico lo expresado por el ad quem en el asunto sometido a su consideración así:

v) Criterio de la continuidad: si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral. La Sección Segunda del Consejo de Estado en sentencia del 21 de agosto de 2003²⁸, indicó:

"no puede desconocer la Sala la forma irregular como ha procedido la entidad demandada, utilizando contratos de prestación de servicios para satisfacer necesidades administrativas permanentes. En estas condiciones la modalidad de contrataciones sucesivas para prestar servicios se convierte en una práctica contraria a las disposiciones atrás señaladas pues la función pública no concibe esta modalidad para cumplir los objetivos del Estado en tareas que son permanentes e inherentes a este"

En este orden de ideas, por ejemplo, el Consejo de Estado consideró que para desempeñar funciones de carácter permanente y habitual (no para responder a situaciones excepcionales) no pueden contratarse mediante prestación de servicios a docentes²⁹, a personas para desempeñar el cargo de Jefe de Presupuesto de una entidad pública³⁰, a mensajeros³¹ y a un técnico y operador de sistemas³². Y, en el mismo sentido, la Sala

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

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

³⁰ Sentencia del 23 de junio de 2005, expediente 245.03

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

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

*Laboral de la Corte Suprema de Justicia manifestó que no era posible contratar por prestación de servicios la Jefatura del Departamento de Riesgos Profesionales de una empresa*³³

Vertiendo los considerandos anteriores al sub examine, la prestación personal de servicios como auxiliar de enfermería, que como vimos anteriormente se encuentra plenamente demostrada da pie a esta Sala para afirmar que la labor realizada por la señora SIOMARA REBECA MARTÍNEZ MARTÍNEZ, pese a estar formalmente regulada por un contrato de prestación de servicios, dista mucho de ser autónoma e independiente, por el contrario existen indicios como, la misma función que se cumple la cual está relacionada con el funcionamiento de la ESE en el desarrollo de su objeto social, la permanencia y habitualidad del servicio, que permiten concluir que, la actora, se encontraba sujeta a las órdenes, instrucciones y de su contratante - Empresa Social de Estado CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS, lo cual no es más que una de la formas como se manifiesta la subordinación en las relaciones laborales.

En ese orden, acreditada la continuidad en el desempeño de las labores en una E.S.E., cuyo servicio es de carácter permanente, es necesario recordar que las Empresa Social del Estado poseen como objeto legal "... *la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*"³⁴, y como objetivos "**Producir servicios de salud eficientes y efectivos que cumplan con las normas de calidad establecidas, de acuerdo con la reglamentación que se expida para tal propósito.**", y "*Prestar los servicios de salud que la población requiera y que la Empresa Social, de acuerdo a su desarrollo y recursos disponibles pueda ofrecer.*"³⁵. (Negrillas fuera del texto original).

Para la Sala, los aspectos anteriores permiten confirmar la existencia del elemento subordinación en la prestación de los servicios de la actora, pues evidentemente la labor o actividad desempeñada no se puede considerar excluida de supervisiones o controles, es decir, no era desempeñada de manera autónoma e independiente, pues debía estar condicionada a los horarios y funciones delegadas por su superior, de donde se deduce

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

³⁴ Artículo 195 numeral 2 de la Ley 100 de 1993. El mismo es reiterado en el Decreto 1876 de 1994, en el siguiente sentido: "**ARTÍCULO 2. OBJETO.** El Objeto de las Empresas Sociales del Estado será la prestación de servicios de salud, entendidos como un servicio público a cargo del Estado y como parte integrante del Sistema de Seguridad Social en Salud."

³⁵ Literales a y b del artículo 4 *ibídem*.

claramente la subordinación a las directrices de la entidad contratante, hoy demandada,

Así las cosas, la reconstrucción probatoria realizada complementadas con las premisas sentadas en el primer acápite de los considerando de esta providencia, permiten afirmar a esta Magistratura, que evidentemente hubo una sujeción o subordinación de la demandante en la prestación de los servicios profesionales de Auxiliar de Enfermería en la E.S.E CENTRO DE SALUD DE SAMPUÉS, lo cual demuestra la desnaturalización del contrato formal estatal celebrado y lo deriva en un contrato realidad, desvirtuando de contera, la presunción legal establecida en el artículo 32 de la Ley 80 de 1992 y sobre la cual se cimenta la defensa de la entidad demandada.

Claro lo anterior, debe este Tribunal rechazar al argumento expuesto por la parte recurrente, cuando señala que la acción o medio de control que se debió emplear fue la acción contractual, dejando entrever una vía procesal inadecuada o inepta demanda por indebida escogencia de la acción, puesto que el H. Consejo de Estado, ha decantado que el medio para reclamar judicialmente acreencias laborales al Estado, es a través de la nulidad y restablecimiento del derecho, tesis que calza en las previsiones del presente proceso, en donde lo pretendido no es otra cosa, que el reconocimiento y pago de unas prestaciones sociales, previo reconocimiento de una relación laboral, las cuales dicho sea de paso, con la tesis actual de la Sala Laboral del Consejo de Estado, se realizan a título de prestaciones y no de reparación del daño.

Ello como quiera que existe una decisión administrativa del ente demandado que negó en sede administrativa la reclamación laboral que le fuera efectuada directamente por la actora, al considerar que no existía entre ellos una relación laboral

Al respecto, se ha señalado por el H. Consejo de Estado:

"La Sala Plena de esta Corporación en sentencia del 27 de marzo de 2007, expediente No. 760012331000200002513 01 (2777-2004), actor: José Bolívar Caicedo Ruiz, Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante, precisó: " Dicho de otro modo, como el perjuicio por reparar se origina en una decisión o manifestación unilateral de voluntad de la administración destinada a producir efectos jurídicos es necesario invalidarla, previo agotamiento de la vía gubernativa, para poder obtener el restablecimiento respectivo y como la ley no prevé que mediante las

acciones de reparación directa o de grupo puedan anularse los actos administrativos, estas no son la vía procesal adecuada. Desconocería la integridad del ordenamiento jurídico percibir una indemnización por un perjuicio originado en un acto administrativo sin obtener antes la anulación del mismo porque este continuaría produciendo efectos jurídicos ya que ese es su cometido legal.”.

En suma, la vía procesal adecuada para discutir los derechos laborales de la demandante bien sea por haber desempeñado labores de funcionario o servidor de hecho es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”³⁶

En orden de lo probado, esta Sala de Decisión, confirmará la sentencia de 12 de mayo de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en cuanto se encuentra debidamente probada, la relación laboral entre las partes.

III. 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 apelante, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida del 12 de mayo de 2017 por el **JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO**, en consideración a lo expresado 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

³⁶ Consejo de Estado, Sección II, Subsección B, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08). CP. Bertha Lucía Ramírez.

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° 07

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA