



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**  
**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**  
-Sala Tercera de Decisión-

---

Sincelejo, ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

**Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete.**

**REFERENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.**  
**M. DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**  
**PROCESO: 70-001-33-33-007-2016-00140-01**  
**DEMANDANTE: LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ.**  
**DEMANDADO: E.S.E HOSPITAL LOCAL SAN BENITO ABAD**

### **OBJETO DE LA DECISIÓN**

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 14 de marzo de 2018, por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, la cual resolvió conceder las súplicas de la demanda.

### **1. ANTECEDENTES**

#### **a. La demanda<sup>1</sup>**

La demandante **pretende**, mediante apoderada judicial, que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio de fecha 25 de febrero de 2016, expedido por el Gerente de la E.S.E Hospital Local de San Benito Abad, Sucre, donde niega el reconocimiento de la relación laboral, y el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales, así como el pago de los honorarios causados los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015, a la señora **LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ.**

---

<sup>1</sup> Folio 1 a 14 C. Ppal.

Que como consecuencia de lo anterior, se reconozca la existencia de una verdadera relación laboral entre la señora LUZ ELENA ROMAN MENDEZ y el HOSPITAL LOCAL SAN BENITO ABAD E.S.E. en el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 2010 hasta el 12 de octubre de 2012 y desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, tiempo durante el cual se desempeñó en el cargo de auxiliar de enfermería.

A título de restablecimiento del derecho, solicita que se le reconozca, y pague el equivalente a todas las prestaciones sociales, factores salariales y demás emolumentos laborales que devengan los empleados de esa entidad, tales como: primas de servicio, primas de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, dotación de calzado y vestido de labor, cesantías, intereses a las cesantías, subsidio familiar, aporte a la caja de compensación familiar, entre otros, los aportes correspondientes a cotizaciones al sistema de seguridad Social en Salud y Pensión, durante el tiempo en que prestó los servicios contratados como auxiliar de enfermería, esto es, desde el 1º de Septiembre de 2010 hasta el 12 de Octubre de 2012 y desde el 1º de Febrero de 2014 hasta el 31 de Diciembre de 2015.

Que la liquidación de las sumas equivalentes a las prestaciones sociales, factores salariales y demás emolumentos laborales, se haga conforme al salario devengado por los auxiliares de enfermería que pertenecen a la planta de personal del HOSPITAL LOCAL SAN BENITO ABAD E.S.E.

Asimismo, pide que se paguen los honorarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015.

Que una vez liquidados y reconocidos los conceptos descritos en los ítems anteriores, se proceda a liquidar los intereses moratorios.

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

La señora **LUZ ELENA ROMÁN MENDEZ**, laboró de manera subordinada a favor del Hospital Local San Benito Abad E.S.E., en el cargo de auxiliar de enfermería, mediante contratos de prestación de servicios, desde el 1º de septiembre de 2010 hasta el 12 de octubre de 2012 y desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015, con una asignación mensual de \$824.000.

Manifestó que, en todos los periodos descritos, mantuvo una relación de carácter laboral, pues, prestó sus servicios de manera personal e ininterrumpida, percibiendo una remuneración mensual, y acatando órdenes de sus superiores.

Consideró que la labor realizada, pertenece al giro ordinario de las Empresas Sociales del Estado, y que por lo tanto, no existe razón que justifique la vinculación de la actora a través de OPS, teniéndose en cuenta que las auxiliares de enfermería no pueden desempeñar sus funciones de forma autónoma, pues, no deciden y definen en qué lugar atender a los pacientes, no pueden escoger el horario de trabajo, sumándose a que no pueden suspender sus funciones porque pondría en riesgo la prestación del servicio de salud. Hechos, que en el parecer de la actora, que conlleva ínsita la subordinación en los servicios prestados.

Agregó la actora que celebró con la E.S.E. Hospital Local San Benito Abad, contratos de manera habitual de prestación de servicios, dentro del lapso reclamado; sin embargo, la entidad en respuesta a la solicitud que se le hiciera mediante derecho de petición del 12 de enero de 2016, sólo certificó la existencia de los siguientes contratos:

- Contrato de prestación de servicios de 1º de Agosto de 2011 por el termino de 1 mes.
- Contrato de prestación de servicios de 1º Septiembre de 2011 por el término de 1 mes.
- Contrato de prestación de servicios de 3 de Octubre de 2011 por el termino de 1 mes.
- Contrato de prestación de servicios de 2 de Enero de 2012 por el termino de 3 meses.
- Contrato de prestación de servicios de 2 de Abril de 2012 por el termino de 3 meses.
- Contrato de prestación de servicios de 2 de Julio de 2012 por el termino de 3 meses.
- Contrato de prestación de servicios de 2 de Enero de 2015 por el termino de 5 meses.
- Contrato de prestación de servicios de 1 de Junio de 2015 por el termino de 7 meses.

Señaló que el Hospital Local San Benito Abad E.S.E. pese a contar con toda la documentación de enfermería y tener el archivo de la institución a su disposición, no suministró copia de los contratos de prestación de servicios suscritos por la actora entre el 1º de septiembre hasta el 31 de diciembre de 2011 y desde el 1º de febrero hasta el 31 de diciembre de 2014, así como tampoco se refirió sobre su existencia.

Adujo que desconoce las razones por las que los contratos de prestación de servicios no certificados, no reposan en los archivos de la entidad, sin embargo, ello no es impedimento para que se desconozca el tiempo servido.

Por consiguiente, el día 17 de junio de 2016 presentó ante el Hospital Local San Benito Abad E.S.E. solicitud de reconstrucción de la historia laboral, la cual no fue respondida por dicha entidad.

Reitera que, el Hospital Local San Benito Abad E.S.E. no le ha cancelado los honorarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015.

Como **normas violadas** se señalan: Artículos 1, 2, 25, 53 y 122 de la Constitución Política, Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1042 de 1978, 1045 de 1978 y 1919 de 2002. Ley 21 de 1982.

Al exponer el **concepto de la violación**, explicó que el contrato de prestación de servicios, a diferencia del contrato de trabajo, se caracteriza porque la labor que se presta es independiente, desarrollada por una persona natural o jurídica, que carece del elemento subordinación.

Expuso que cuando se pretende hacer prevalecer la existencia de una relación laboral sobre la derivada del contrato de prestación de servicios, a efectos del reconocimiento de prestaciones sociales, es necesario que se configuren los elementos de la primera como son la actividad personal, un salario como contraprestación y la subordinación. Al respecto se hace mención a lo dicho por la corte Constitucional en la sentencia C-614 de 2009.

En ese sentido, estimó que los contratos de prestación de servicios que suscribió la actora con la entidad demandada, se desnaturalizaron hasta el punto de cumplirse los elementos del contrato de trabajo, ya que la

labor de auxiliar de enfermería realizada, reprimía la prestación del servicio en un sitio diferente al ente hospitalario, pues tenía que ajustarse a unos turnos programados, lo que impedía que manejara con autonomía su horario de trabajo, además que no podía en ningún momento suspender sus funciones, ya que ponía en riesgo la prestación del servicio de salud.

Asimismo, dijo que el Hospital Local San Benito Abad E.S.E, al no cancelar los honorarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre está vulnerando los derechos al mínimo vital de la actora.

### **b. Contestación de la demanda.**

La entidad demandada E.S.E Hospital Local San Benito Abad contestó la demanda oportunamente, oponiéndose a todas las pretensiones propuestas por la demandante, por cuanto no son ciertas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se fundan los hechos relacionados con la vinculación de la demandante a la entidad de salud, por lo tanto no dan a lugar al reconocimiento de la existencia de una relación laboral, ni al pago de las pretensiones sociales solicitadas.

Respecto del tiempo laborado que se informa en la demanda, arguyó que la prestación del servicio se dio mediante los contratos que se aportaron al expediente, y no existe soporte documental de contratos celebrados en el año 2010. En este sentido, explicó que el hospital certificó los contratos que se encuentran en sus archivos, y por lo tanto tenía la parte actora el deber de probar el derecho que alega y no imputar responsabilidad a la entidad, por el descuido de no tener copia de sus propios contratos.

En relación con los meses que la entidad adeuda a la actora, manifestó que si bien es cierto que se presentaron las correspondientes cuentas de cobro, también lo es que para efectos de realizar el pago, se encuentra establecido en los contratos la obligación de realizar los pagos por concepto de seguridad social y el respectivo certificado de la prestación del servicio, lo cual no fue cumplido por la demandante y tampoco se encuentra demostrado, razón por la cual la entidad no estaba autorizada para ordenar los pagos.

Formuló las excepciones de mérito que denominó ausencia de relación laboral, ausencia de subordinación, y la prescripción de las prestaciones sociales consagrada en el artículo 151 del C.P.L.

### **c. La sentencia de primera instancia<sup>2</sup>.**

El Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el día 14 de Marzo de 2018, la cual accedió a las pretensiones de la demanda, disponiendo:

**"PRIMERO: DECLÁRESE LA NULIDAD** del acto administrativo contenido en el oficio S/N de fecha 25 de Febrero de 2016, suscrito por la gerente de la E.S.E HOSPITAL LOCAL SAN BENITO DE ABAD que le negó al a señora LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRESE LA NULIDAD** del acto administrativo ficto o presunto negativo que se configuró frente a la solicitud presentada ante la E.S.E HOSPITAL LOCAL SAN BENITO DE ABAD el 12 de Enero de 2016, con fundamento en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO:** Como consecuencia de lo anterior, CONDENESE a la E.S.E HOSPITAL LOCAL SAN BENITO DE ABAD a reconocer y pagar a favor de la señora LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ, con cedula de ciudadanía N° 34.950.334 la totalidad de las prestaciones sociales a que tiene derecho por haber laborado para esa empresa desde el 24 de Enero de 2014 al 31 de Diciembre de 2014 y del 2 de Enero de 2015 hasta el 31 de Diciembre de 2015 salvo en las interrupciones, como auxiliar de enfermería, teniendo en cuenta los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios, de acuerdo como se explicó en la parte motiva de esta decisión.

**CUARTO: ORDÉNESE a la E.S.E HOSPITAL SAN BENITO DE ABAD** cancele a la señora LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ, los honorarios correspondientes a los meses de Septiembre, Octubre, Noviembre y Diciembre de 2015.

**QUINTO: DECLÁRESE** la configuración del fenómeno de la prescripción frente a las pretensiones de reconocimiento dentro del periodo comprendido del 1º de Julio de 2011 hasta el 12 de Octubre de 2012, de conformidad con lo expuesto.

**SEXTO:** La E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN BENITO DE ABAD deberá consignar en el fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la parte actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de su vinculación laboral con la entidad

---

<sup>2</sup> Folio 234 a 250 C.Nº2.

*demandada, esto en los periodos comprendidos entre el 1º de Julio de 2011 hasta el 12 de Octubre de 2012, del 24 de Enero de 2014 al 31 de Diciembre de 2014 y del 2 de Enero de 2015 al 31 de Diciembre de 2015, salvo sus interrupciones , conforme se consideró en la parte motiva.*

**SÉPTIMO:** *Niéguense las demás pretensiones de la demanda.*

(...)"

El *A quo* sustentó la decisión, considerando que dentro del *sub examine* se lograron demostrar los elementos de una relación laboral, pues el ente demandado se valió de los contratos de prestación de servicios, para ocultar una verdadera relación laboral que en realidad existía entre la señora Luz Elena Román Méndez y la E.S.E. Hospital Local San Benito Abad, por lo que, se está ante la vulneración de los derechos consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, como quiera que la actora prestó sus servicios de manera subordinada en iguales condiciones que los demás auxiliares de enfermería vinculados a la planta de personal de la entidad en mención.

Así las cosas, concluyó el Juez de la primera instancia que, sí existió una relación laboral entre la señora LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SAN BENITO ABAD-EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, conforme al material probatorio aportado, el testimonio escuchado y el precedente jurisprudencial reiterado por el Consejo de Estado. En consecuencia, accedió a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo acusado y a título de restablecimiento del derecho, condenó al demandado a reconocer y pagar a la demandante a título de indemnización los valores adeudados por concepto de las prestaciones sociales y salario debido correspondiente a los periodos laborados.

Por último, condenó en costas a la parte demandada.

#### **d. La apelación<sup>3</sup>.**

Dentro de la oportunidad legal correspondiente, el apoderado de la parte demandada, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia (Fs. 257 -261, c. 1) oponiéndose a ella y señalando como motivos de inconformidad, los siguientes:

---

<sup>3</sup> Folio 257 a 261 C.Nº2

Afirmó que, las pruebas que obran dentro del proceso no son suficientes para demostrar la existencia de la figura del contrato realidad que se alega en la demanda, pues los contratos de prestación de servicios celebrados con la demandante, eran viables para garantizar los servicios prestados por la entidad de salud, a que en su planta de personal no contaba con personas que tengan un conocimiento especializado en la labor contratada, que implique experiencia, habilidades técnicas y científicas, que solo son adquiridas mediante la capacitación y la formación profesional.

Adujo, que tal especialidad conllevaba a que la contratista desarrollara las actividades contratadas de manera autónoma, y en ejercicio de su propio criterio basado en la lex artis, es decir, en el cumplimiento de la regla técnica ya plenamente preestablecida.

Señaló que para predicar la subordinación, es necesario que se demuestre el cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo y la imposición de reglamentos que deben mantenerse durante todo el tiempo de duración del contrato.

En ese sentido, sostuvo que dentro del proceso, no hay material suficiente que den certeza que la señora LUZ ELENA ROMÁN MENDEZ cumplía órdenes, por el contrario, lo que se si hay evidencia es que desarrolló el objeto contractual en seguimiento de su propio sigilo profesional como enfermera. Tampoco está demostrado que se le impusiera la atención de un reglamento de trabajo o la imposición de amonestaciones de tipo laboral de las cuales se pueda predicar el poder dominio por parte de la entidad contratante sobre el contratista.

Indició, que si bien es cierto que la enfermera realizó la prestación personal del servicio en las instalaciones de la ESE, también lo es que se hizo necesario por el cumplimiento de la prestación de los servicios de salud al público o usuarios, aspecto que no implica la configuración del contrato realidad.

En consideración a todo lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia, y consecuentemente, negar las pretensiones formuladas por la parte actora.

### **e. Trámite de segunda instancia.**

El recurso de apelación fue admitido mediante auto del 10 de Julio de 2018<sup>4</sup>. Con proveído del 22 de agosto de 2018, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, y al Ministerio Público para que emitiera concepto (F.9, c. 2), término dentro del cual no se pronunciaron las partes, como tampoco el Agente del Ministerio Público emitió concepto.

## **2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

### **a. La competencia.**

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

### **b. Problema jurídico.**

Partiendo de los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar, si para la configuración de la figura de contrato realidad alegada por la parte actora, se encuentra demostrada la subordinación como elemento de la relación laboral, y como consecuencia de esto, reconocer el pago de las prestaciones sociales a favor de la actora.

### **c. Marco legal y jurisprudencial sobre la teoría del contrato realidad y el régimen de prescripción de las prestaciones sociales.**

Según el artículo 53 de Constitución Política son principios mínimos fundamentales de los empleados en el ordenamiento jurídico colombiano, los siguientes: **(i)** igualdad de oportunidades para los trabajadores; **(ii)** remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; **(iii)** estabilidad en el empleo; **(iv)** irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; **(v)** facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **(vi)** situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **(vii) primacía de la realidad sobre formalidades**

---

<sup>4</sup> Folio 4. Ídem.

**establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; (viii)** garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; y **(ix)** protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales consiste en la materialización, desarrollo y/o ejecución de la labor contratada que se imponen sobre aquella formalidad que se haya pactado inicialmente por los sujetos o partes de una relación, por tanto cualquiera que sea 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 procedencia de la figura del contrato realidad va ligada estrechamente con el principio de primacía de la realidad sobre las formas en la medida que *“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”*<sup>5</sup>.

En ese contexto, tiene aplicabilidad la teoría del contrato realidad bajo el principio constitucional mencionado, cuando en una vinculación contractual, bajo la forma de contrato de prestación de servicios, gobernada por los requisitos y tópicos previstos en el Estatuto de la Contratación Estatal – inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y en la cual se estipula la presunción legal referida a que no genera ninguna relación laboral como tampoco el pago sueldos y prestaciones sociales<sup>6</sup>, se aprecia en la realidad fáctica una verdadera relación de trabajo que se configura a partir del cumplimiento de sus tres componentes: (i) prestación personal del servicio; (ii) retribución; y (iii) subordinación. De presentarse esta circunstancia, se desnaturaliza aquella vinculación contractual y surge una relación de trabajo que permite al contratista ser beneficiarios del pago de las prestaciones sociales que se causen con ocasión a los servicios prestados.

---

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> *“en ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*

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.

Sin embargo, esta Sala aclara 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 la 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.

Precisa la Corporación que quien invoque la teoría del contrato realidad, debe asumir carga probatoria de traer al plenario los elementos que demuestren la desnaturalización del vínculo contractual público, pues en principio el 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.

Siendo así, resulta oportuno traer a colación la postura del H. Consejo de Estado, quien señala que es carga probatoria del actor 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).<sup>7</sup>*

---

<sup>7</sup> Ídem 3."

Luego entonces se ratifica la premisa que en materia de contrato realidad, la tarea probatoria radica en demostrar con certeza que, pese a que la vinculación nació con la presunción legal prevista en el inciso 2º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, siendo ejecutado eventualmente por cuenta propia y autonomía del contratista, en el desarrollo del respectivo contrato de prestación de servicio emergió los tres elementos de una relación laboral, dando paso a una vinculación subordinada definida por la jurisprudencia contenciosa administrativa en los siguientes términos:

*"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."<sup>8</sup> (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"<sup>9</sup>.*

Frente al elemento subordinación, debe considerarse que se configura cuando se acredita el desempeño de labores y actividades públicas en las mismas situaciones y condiciones de dependencia de cualquier otro funcionario público<sup>10</sup>, recordando tal como antes se expresó, que el contrato estatal puede ser suscrito para la realización o cumplimiento de los fines estatales<sup>11</sup>, sin embargo, ello no descarta que la sólo

<sup>8</sup> Sentencia C-386 de 2000. Posición reiterada en las sentencias T-523 de 1998, T-1040 de 2001 y C-934 de 2004.

<sup>9</sup> Sentencia T-063 de 2006

<sup>10</sup> "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.

<sup>11</sup> 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

celebración del contrato y la ejecución material de la actividad personal contratada, *per se*, permita en algunos casos presumir la existencia del elemento subordinación<sup>12</sup> por estar ínsita en la misma actividad desplegada, o en otros por virtud del indicio, conlleva el ejercicio de funciones relacionadas con el giro misional de la entidad, o su permanencia y continuidad dan lugar a la ejecución de funciones permanentes por contrato de prestación de servicios lo cual se encuentra prohibido<sup>13</sup>, para lo cual, la entidad deberá crear los cargos necesarios<sup>14</sup>.

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

Dispone la cita normativa:

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

Al ser estudiada la constitucionalidad a través de la sentencia C- 171 de 2012, se declaró su exequibilidad condicionada, señalándose que la potestad de contratación otorgada por el artículo 59 de la ley 1438 de

---

servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines

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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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"

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.

De otro lado, es pertinente destacar que el reconocimiento y aplicación del principio de la primacía de la realidad a una relación inicialmente contractual, no implica conferir la condición de empleado público al contratista, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado<sup>15</sup>, punto este que igualmente, acoge la Corte Constitucional, como se puede apreciar en sentencia T- 093 de 2010<sup>16</sup>.

Ahora bien, una vez demostrada la desnaturalización de la relación contractual bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios a partir de la materialización de los elementos de la relación de trabajo, para que proceda el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas, debe verificarse sí se produce o no el fenómeno de prescripción sobre aquellas cuyo término es de tres años contabilizados a partir de la finalización de la última vinculación, siempre que se demuestre la continuidad en el servicio, descartando esta tesis que dicho fenómeno recaiga en el derecho a reclamar aportes pensionales derivados del contrato realidad. Así lo sostuvo la máxima Corporación Contenciosa Administrativa en sentencia de unificación de CE-SUJ2 No. 5 de 2016, del 25 de agosto de 2016:

*"3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionadas 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*

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> "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"

*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 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, las 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.

**d. Contrato realidad derivado de la prestación de servicios de salud.**

El H. Consejo de Estado ha establecido, que si bien puede contratarse la prestación de servicios profesionales - asistenciales en materia de salud, mediante la figura contractual regulada por la Ley 80 de 1993, ésta en sí misma no excluye la posibilidad que su prestación y ejecución se asimile o sea igual con los empleos que hacen parte de la planta de personal del centro de salud, especialmente en aquellos eventos en que los que se deslegitima la naturaleza del contrato, vislumbrándose una autentica relación laboral con el Estado, *"más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo"*.

17

Respecto de la naturaleza misma de la prestación del servicio de salud, ha dicho el Consejo de Estado, lo siguiente:

*"respecto del servicio médico en concreto, debe precisarse además, que en sus diferentes modalidades y especialidades se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional dentro del Sistema Nacional de Salud y la organización del Subsector Oficial de Salud de las Entidades Territoriales y sus entes descentralizados, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3º del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos de los empleos pertenecientes al Subsector Oficial del Sector Salud,<sup>18</sup> y los artículos 21 y 27 del Decreto Ley*

---

<sup>17</sup> consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, radicado, 2003-00015-01. consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010).

<sup>18</sup> Decreto 1335 de 1990. Artículo 3o. DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MINIMOS. Establecense para los diferentes empleos contemplados en los planes de cargos de los diferentes organismos del Subsector Oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, las siguientes denominaciones de cargos, naturaleza de las funciones, funciones y requisitos mínimos: (...)

MEDICO GENERAL - 321510

*1569 de 1998, que estableció el sistema de nomenclatura y la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 443 de 1998.<sup>19</sup>/<sup>20</sup>*

#### 1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

*Ejecución de labores profesionales en actividades de provisión, protección y de rehabilitación del paciente y medio ambiente.*

#### 2. FUNCIONES

*- Practicar exámenes de medicina general, formular diagnósticos y prescribir el tratamiento que debe seguirse, aplicando los derechos del enfermo.*

*- Prescribir y/o realizar procedimientos especiales para ayuda en el diagnóstico y/o en el manejo de pacientes, según el caso.*

*- Realizar intervenciones de cirugía general a pacientes hospitalizados o ambulatorios o colaborar en ellos de acuerdo al nivel en el cual esté ubicado y controlar a los pacientes que estén bajo su cuidado.*

*- Realizar control médico periódico a pacientes laboralmente expuestos a situaciones de contaminación ambiental que impliquen riesgos para la salud.*

*- Llevar controles estadísticos con fines científicos y administrativos y reportar las enfermedades de notificación obligatoria.*

*- realizar ínter consulta y remitir pacientes a Médicos especialistas cuando se requiera y de acuerdo a las normas del sistema de remisión de pacientes.*

*- Participar en la elaboración y desarrollo de programas de promoción y prevención de salud a la comunidad.*

*- Realizar vigilancia epidemiológica en todas aquellas situaciones que sean factor de riesgo para la población.*

*- Orientar la prestación de los primeros auxilios y la remisión de pacientes solicitados por radioteléfono.*

*- Colaborar en la elaboración e implantación del plan de emergencia para ser aplicado en los organismos de salud del área de influencia.*

*- Participar en el diagnóstico y pronóstico del estado de salud de la población del área de influencia.*

*- Participar en la evaluación de las actividades e impacto de la prestación de los servicios de salud.*

*- Promover en su área de trabajo, la participación de la comunidad en actividades de salud e impulsar la conformación de los comités de salud y formación de líderes comunitarios en salud.*

*- Participar en investigaciones de tipo aplicado tendientes a esclarecer las causas y soluciones a los problemas de salud de la comunidad.*

*- Establecer y mantener las relaciones de coordinación necesarias para lograr una eficaz prestación de los servicios de salud.*

*- Velar por la consecución oportuna de los recursos necesarios y por la racional utilización de los disponibles y demás bienes a su cargo.*

*- Ejercer las demás funciones asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.*

#### 3. REQUISITOS

##### 3.1 Estudios. Título de formación universitaria en medicina

*<sup>19</sup> Decreto 1569 de 1998. Artículo 15. DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. De acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:*

*Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar.*

##### ARTICULO 21. DE LA NOMENCLATURA Y CLASIFICACION DE EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL.

*El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:*

##### **Código Denominación del empleo**

*310 Médico General (...)*

*Artículo 27. DE LOS REQUISITOS DE LOS EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. Para el desempeño de los empleos correspondientes al nivel profesional de que trata el artículo 21 del presente decreto se deberán acreditar los siguientes requisitos por cargo, así: (...)*

##### **Código Denominación**

*310 Médico General*

*Título universitario en Medicina y tarjeta profesional.*

*<sup>20</sup> consejo de estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, radicado, 2003-00015-01. consejero ponente Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. cuatro (4) de marzo de dos mil diez (2010).*

Para el caso de las auxiliares de enfermería, el Decreto 785 de 2005 “*por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.*”, estableció en su artículo 21, que el cargo de Auxiliar de Enfermería está dentro de la estructura de personal de las entidades descentralizadas del sector salud (E.S.E.), en el nivel administrativo, auxiliar y operativo. Por tanto, las labores propias de ese cargo, son inherentes a las competencias legales de las entidades de salud, considerándose entonces su permanencia al interior de la misma para efectos de llevar a cabo su objeto misional.

Siendo así, por regla general, de la misma esencia y naturaleza del servicio de salud, brindado a través de profesionales de la medicina, enfermería o de auxiliares de enfermería, puede intuirse la existencia de una relación subordinada, dada la permanencia y dependencia de esas labores para el efectivo y adecuado funcionamiento en la prestación de los servicios del centro asistencial.

Bajo este contexto, H. Consejo de Estado<sup>21</sup> se ha pronunciado aseverando la presunción del elemento de subordinación en las labores de enfermería, puesto que la misma no puede considerarse prestada en forma autónoma, bajo el entendido de que el profesional no tiene la libertad de elegir en qué lugar presta sus servicios, ni definir el horario; así mismo, la prestación de dicho servicio requiere la obligación del suministro de medicación y vigilancia de los pacientes, la cual no puede ser suspendida sino por justa causa, por ende, bajo esos supuestos emerge una relación de subordinación administrativa, entre la entidad contratante y el contratista.

#### **e. Solución del asunto.**

Encuentra la Sala que, de acuerdo a las pruebas arrimadas al proceso, en el *sub judice* ha quedado establecido que:

1. La señora LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ estuvo vinculada en la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN BENITO ABAD, en la modalidad de contrato de prestación de servicios, ejerciendo labores de

---

<sup>21</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante sentencia de 3 de junio de 2010, Expediente No. 2384-07, Magistrado Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez

“Auxiliar de enfermería”, en los períodos que se relacionan a continuación:

<b>Número del Contrato</b>	<b>Objeto</b>	<b>Inicio</b>	<b>Fin</b>	<b>Duración</b>	<b>Remuneración mensual</b>
Sin número <sup>22</sup>	Prestación de servicios como auxiliar de enfermería	1 de Julio de 2011	31 de Julio de 2011	1 mes	\$780.000
Sin número <sup>23</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias.	1 de Agosto del 2011	31 de Agosto del 2011	1 mes	\$800.000
Sin número <sup>24</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias.	1 de Septiembre de 2011	30 de Septiembre de 2011	1 mes	\$800.000
Sin número <sup>25</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias.	3 de Octubre de 2011	31 de octubre de 2011	28 días.	\$800.000
Sin número <sup>26</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias.	1 de noviembre de 2011	31 de diciembre de 2011	2 meses.	\$800.000

<sup>22</sup> Folios 33 a 34, c. 1.

<sup>23</sup> Folios 35 a 36, c. 1.

<sup>24</sup> Folios 37 a 38, c. 1.

<sup>25</sup> Folios 39 a 40, c. 1.

<sup>26</sup> Folios 41 a 42, c. 1.

Sin número <sup>27</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias.	2 de Enero de 2012	31 de Marzo de 2012	3 meses	\$800.000
Sin número <sup>28</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias.	2 de Abril del 2012	30 de junio de 2012	3 meses	\$800.000
No. 0267 <sup>29</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias.	3 de Julio de 2012	12 de Octubre de 2012	3 meses y 12 días.	\$800.000
0072 <sup>30</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias	24 de enero de 2014	30 de junio de 2014	5 meses y 7 días.	\$800.000
C.P. 2014-158 <sup>31</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias	1 de julio de 2014	30 de Septiembre de 2014	3 meses	\$824.000
CP. 2014 <sup>32</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias	1 de Octubre de 2014	31 de Diciembre de 2014	3 meses	\$824.000

<sup>27</sup> Folios 43 a 44, c. 1.

<sup>28</sup> Folios 45 a 47, c. 1.

<sup>29</sup> Folios 48 a 50, c. 1.

<sup>30</sup> Folios 51 a 53, c. 1.

<sup>31</sup> Folios 54 a 55, c. 1.

<sup>32</sup> Folios 56 a 58, c. 1.

CP 2015-054 <sup>33</sup>	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias	2 de Enero de 2015	31 de Mayo de 2015	5 meses	\$824.000
CP 2015-34	Prestación de servicios asistencial como auxiliar de enfermería para el servicio de urgencias	2 de Junio de 2015	31 de diciembre de 2015	7 meses	\$765.142

2. La señora LUZ ELENA ROMÁN MÉNDEZ elevó derecho de petición el día 12 de enero de 2016 ante la E.S.E. Hospital Local San Benito Abad, solicitando el reconocimiento de la relación laboral, pago de prestaciones sociales y otros emolumentos laborales. (folio 20 c.1).
3. La E.S.E. Hospital Local San Benito Abad mediante Oficio de fecha 25 de Febrero del 2016, dio respuesta a la petición presentada por la actora, en el cual negó cada una de sus solicitudes por improcedentes ya que el contrato de prestación de servicios es de carácter civil y no laboral, por lo tanto no está sujeto a la legislación de trabajo, por ello no genera para el contratante la obligación de pagar prestaciones sociales. (folio 17 c. 1).

Según el acervo probatorio reseñado, se encuentra acreditado que la demandante suscribió sendos contratos de prestación de servicios profesionales con la E.S.E Hospital Local San Benito Abad, cuyo objeto era prestar los servicios de auxiliar de enfermería para los servicios de urgencias, en los períodos comprendidos desde el 1º de julio de 2011, hasta el 12 de octubre de 2012; y desde el 24 de enero 2014 hasta 31 de Diciembre de 2015, sin solución de continuidad en la medida que la interrupción que existe entre la celebración de uno y otro contrato no supera los treinta (30) días.

<sup>33</sup> Folios 59 a 61, c. 1.

<sup>34</sup> Folios 62 a 64, c 1.

Lo anterior se refuerza con las certificaciones de fechas 23 de noviembre de 2012 y 29 de febrero de 2016, expedidas por el profesional universitario en administración de personal del Hospital Local San Benito Abad<sup>35</sup>, en el que se indica que la demandante prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería en la institución demandada, en los períodos ya reseñados, aspecto que evidentemente demuestra la efectiva prestación personal del servicio contratado.

Ahora bien, de acuerdo con ese mismo material probatorio aportado y con la jurisprudencia relatada, la Sala estima que contrario a la postura de la entidad recurrente, en el caso de marras sí se encuentra probada la existencia de una relación subordinada entre la demandante y el hospital accionado, pese a existir formalmente una relación contractual, en consideración a que las funciones de auxiliar de enfermería realizadas por la actora dentro del hospital demandado, hacen parte de su giro misional y ordinario; de suerte que la ejecución permanente de esa labor lleva ínsita la continua disponibilidad y dependencia de la ex contratista con los servicios que presta la entidad, actividad que entre otras cosas, no puede efectuarse de manera independiente o aislada, de ahí que sea predicable que en éstos eventos, se encuentren inherente la subordinación.

Tanto fue la relación subordinada entre las partes, que la declaración DEIRIS MARTÍNEZ CADRAZCO, rendida en audiencia de pruebas celebrada el 24 de septiembre de 2015, denota la dependencia que había en la demandante respecto de la entidad, para el debido cumplimiento de las funciones encomendadas, visualizadas en imposición de turnos, acatamiento de ordenes por el supervisor, realización de actividades dentro de las dependencias del hospital, concretamente en el área de urgencias, aspecto éste que conlleva a entender que ausencia de autonomía e independencia en el ejercicio de las labores de auxiliar de enfermería, en tanto que el servicio de urgencias se maneja de acuerdo con la lineamientos que fije su coordinador y las enfermeras jefes de turno, luego entonces, bajo las reglas de las experiencias, no es factible comprender que las tareas fueron realizadas de manera aislada, sino siempre sujeta a las disposiciones de los encargados de aquellos servicios del hospital accionado. Para efectos del caso, se transcriben apartes de la declaración de la testigo:

---

<sup>35</sup> Folios 31 a 32, c. 1.

**Preguntado:** Tiene algún parentesco con la señora Luz Elena Román Méndez? **Contestó:** No, ninguno **Preguntado:** Ha tenido alguna vinculación laboral con la ESE Hospital Local San Benito Abad?

**Contestó:** Si, trabaje con ellos desde el 15 de Septiembre de 2009 hasta el 4 de Enero de 2016 **Preguntado:** Qué clase de vinculación tuvo con la ESE? **Contestó:** Laboré como auxiliar de enfermería.

**Preguntado:** Señora Deiris, dígame al juzgado si conoce a la señora Luz Elena Román, en caso afirmativo díganos donde, cuando, y porque motivos conoció a la señora Luz Elena Román? **Contestó:** Yo, conocí a Luz Elena cuando ella empezó a trabajar en el Hospital san Benito abad, yo estaba trabajando allí, hacíamos turnos en la urgencias, en el día hacíamos seis horas, en la noche doce horas, hacíamos disponibles, en ese trascurso de la labor fue que la conocí.

**Preguntado:** Señora Deiris, le puede decir al despacho si recuerda la fecha en que la señora Luz Elena entró a laborar en la ESE Hospital Local de San Benito Abad? **Contestó:** Si, ella empezó a trabajar con nosotros desde septiembre del 2010, luego ella se le acabo el contrato en el 2012 como en Octubre, después la volvieron a nombrar en el 2014 hasta el 31 de Diciembre de 2015.

**Preguntado:** Dígame al juzgado por que recuerda con tanta precisión esas fechas? **Contestó:** Porque yo soy muy amiga de ella, por lo menos, ella vivía al lado de mi casa en esos tiempos y yo le brinde apoyo, ella salió en embarazo en ese entonces, por eso lo recuerdo, además tengo buena memoria.

**Preguntado:** Señora Deiris díganos que funciones cumplía la señora Luz Elena como auxiliar de enfermería, si eran las mismas funciones que cumplían las auxiliares que pertenecen a la planta o que están en propiedad en la ESE? **Contestó:** No las mismas, ellas solo trabajaban de lunes a viernes y en horarios de día, ocho horas y nosotros trabajábamos en las noches y hacíamos disponibles, ellas no hacen disponibles las enfermeras de planta.

**Preguntado:** Podría aclarar si ustedes cumplían más horas de servicio que las auxiliares de planta **Contestó:** Si, cumplíamos más horas puesto que ellas no realizaban noches ni hacían disponibles de doce horas, ellas solo realizaban ocho horas.

**Preguntado:** Señora Deiris en qué lugar cumplía las funciones como auxiliar de enfermería la señora Luz Elena Román Méndez? **Contestó:** Ella cumplía sus labores en el área de urgencias en las instalaciones del hospital

**Preguntado:** Mientras cumplía turnos la señora Luz Elena se ausentaba del servicio? **Contestó:** No, ella

*permanecía en su turno de acuerdo al horario que estipulaban.*

**Preguntado:** *Como hace usted para certificar ante el juzgado que en el espacio entre el 1º de septiembre de 2010 al 12 de octubre de 2012 y desde el 1º de febrero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015 a usted le consta que la señora Luz Elena Román no se ausentaba de su sitio de trabajo?* **Contestó:** *En el transcurso muchas veces me tocó turno con ella y doy constancia de que así era, en los turnos correspondientes donde estaba yo presente, ella asistía y no se ausentaba durante ese turno.*

**Preguntado:** *Señora Deiris, las auxiliares de enfermería cumplían las funciones dentro de las instalaciones de la ESE o podía cumplirlas en otro sitio que no fuera las instalaciones de la ESE?*

**Contestó:** *Se realizaba dentro de las instalaciones, igualmente estábamos en el servicio de urgencias y estábamos prestas a prestar el servicio, y era dentro de las instalaciones, cuando salíamos de revisiones teníamos que venir acá a Sincelejo ya era fuera de las instalaciones, mientras tanto eran en las instalaciones de la ESE.*

**Preguntado:** *Esas remisiones a las que usted se refiere era porque la ESE le daba la orden para que saliera en esa remisión?* **Contestó:** *Si claro, las órdenes eran dada del jefe que realizaba el cuadro de turno, el jefe encargado en ese entonces hacia el cuadro y nosotros acatábamos ese cuadro.*

**Preguntado:** *Que otro funcionario de la ESE les daba órdenes a ustedes las auxiliares de enfermería?* **Contestó:** *Aparte del feje, los médicos, acatábamos las órdenes médicas de ellos, a veces realizábamos órdenes de la doctora Isaura que era jefe de personal en ese entonces, también recibíamos órdenes de ella.*

**Preguntado:** *Tiene conocimiento sobre la forma en que recibía el pago?* **Contestó:** *A nosotras nos pagaban, teníamos un contrato de tres meses que eran renovados, sobre el pago de Luz Elena no sabría decirle, a nosotras nos pagaban juntas.*

Para esta Sala, la declaración analizada y en concordancia con las pruebas documentales, en especial los contratos referenciados, dan por superado el elemento subordinación, pues es evidente la ausencia de autonomía en la ejecución del servicio personal contratado debido al cumplimiento de horario, las órdenes y directrices que recibían por sus superiores y por las Coordinadoras de turno a la hora de ejercer labores propias del oficio y que realizaba en virtud de la ejecución contractual.

Sobre el encubrimiento de las relaciones de trabajo a través de contratos de prestación de servicios, 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 "[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. 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”...*

Así las cosas, la reconstrucción probatoria realizada, permiten concluir a esta Magistratura, que evidentemente hubo una sujeción o subordinación de la demandante en la prestación de los servicios profesionales de Auxiliar de Enfermería con la ESE HOSPITAL LOCAL SAN BENITO ABAD lo cual demuestra la desnaturalización del contrato formal estatal celebrado y lo deriva en un contrato realidad.

En orden de lo probado, esta Sala de Decisión, confirmará la sentencia del 14 de marzo de 2018, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo del Circuito de Sincelejo, en cuanto se encuentra debidamente probada, la relación laboral entre las partes.

En consecuencia, según lo expuesto, se confirmará la sentencia en alzada.

#### **f. Costas.**

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.

### III DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN 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 14 de Marzo de 2018 por el juzgado Séptimo administrativo 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 presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

**TERCERO:** En firme esta providencia, devuélvase el proceso a su lugar de origen, previa anotación en el software de gestión.

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° 057.

#### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE**

Magistrado ponente

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

Magistrado

**ANDRES MEDINA PINEDA**

Magistrado