



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE Sala Segunda de Decisión Oral

Sincelejo, siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-006-2012-00141-01
DEMANDANTE: BERCELIA JOSEFA DOMÍNGUEZ CLEMEN
DEMANDADA: E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN BLAS DE MORROA
NATURALEZA: NULIDAD Y REST. DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia del 14 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹

BERCELIA JOSEFA DOMÍNGUEZ CLEMEN, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la **E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN BLAS DE MORROA**, con el objeto de que se declare la nulidad de la decisión administrativa, contenida en el oficio sin número, de fecha 18 de mayo de 2012 y en consecuencia, pide se condene a la entidad demandada, a pagar a título de indemnización, los respectivos emolumentos de orden laboral.

¹ Folios 1-2, cuaderno de primera instancia.

Así mismo, solicita la demandante, el reconocimiento y pago de perjuicios, tanto materiales como morales, causados por su retiro del servicio.

1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda²:

La señora BERCELIA JOSEFA DOMÍNGUEZ CLEMEN, laboró como auxiliar de enfermería, al servicio de la ESE CENTRO DE SALUD DE SAN BLAS DE MORROA – SUCRE, desde el 6 de marzo de 1998, hasta el 31 de diciembre de 2011, sin solución de continuidad, es decir, durante 13 años, 9 meses y 24 días, siendo vinculada a través de modalidad de órdenes de prestación de servicios.

La entidad demandada, al ser asumida como un ente descentralizado, mantuvo la vinculación de la demandante en el mismo cargo, a través de la EMPRESA ASOCIATIVA DE TRABAJO “SERVINSALUD”, posteriormente, por intermedio de la cooperativa COOPRESALUD y finalmente, a través de la entidad denominada AMISALUD, desde junio 9 de 2007, hasta octubre de 2011 y a partir de esta última fecha, por orden de prestación de servicios, hasta el 31 de diciembre de 2011.

Asegura que su vinculación fue impuesta por la ESE CENTRO DE SALUD DE SAN BLAS DE MORROA – SUCRE, quien era su entidad empleadora, trabajando directamente, para la entidad prestadora del servicio de salud, de manera continua, subordinada y dependiente, recibiendo órdenes de los directivos y superiores jerárquicos.

Posteriormente la entidad demandada, a partir del 31 de diciembre de 2011, dio por terminada la relación laboral suscrita, sin el pago de prestaciones, ni indemnización laboral.

Mediante escrito de 30 de abril de 2012, la demandante, en ejercicio de su derecho de petición, solicitó, el reconocimiento de su relación laboral con

² Ver folios 2-6 del cuaderno de primera instancia.

el ente demandado, requiriendo el pago de las prestaciones a las que afirma tener derecho, pedimento que fue resuelto de manera negativa, a través de oficio de 18 de mayo de 2012, notificado el 28 del mismo mes y año, eventualidad que conlleva al ejercicio del presente medio de control contencioso administrativo, una vez agotados los presupuestos procesales, para tal efecto.

1.3. Contestación de la demanda³.

La parte demandada, dentro del escrito de contestación de la demanda, se opone a todas y cada una de las pretensiones perseguidas en el libelo introductorio. En cuanto a los hechos, sostiene, que algunos en su mayoría no le constan.

Como argumento central de la defensa, manifiesta la demandada, que el vínculo que se suscitó con la prestación de los servicios de la señora Domínguez Clemen, no fue laboral, sino meramente contractual, además aduce, la ausencia de elementos necesarios, para advertir el acaecimiento de una verdadera relación laboral.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 14 de diciembre de 2015, resolvió:

“... 3.1.- Declarar la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio sin número del 18 de mayo de 2012, mediante el cual, la ESE San Blas de Morroa le negó a la demandante el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, durante el tiempo que prestó sus servicios a la entidad como auxiliar de enfermería, vinculada mediante cooperativa de trabajo y mediante orden de prestación de servicios.

3.2.- Ordenar a la ESE San Blas de Morroa que le reconozca y pague a la demandante las prestaciones sociales comunes, por el tiempo laborado del 3 de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 (...)

³ Ver 65-77 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Ver folios 413-427 del cuaderno de primera instancia.

3.3.- Niega las demás pretensiones de la demanda..."

Como sustento de su decisión, la juez A quo, manifestó, que la ESE San Blas de Morroa, se benefició con el servicio prestado por la demandante, ocultando con la forma como se vinculó, la intermediación laboral y la orden de prestación de servicios, una relación laboral, representada en la existencia de una verdadera subordinación de la demandante, para con el ente demandado, que surge per se, a partir de considerarse a la accionante, como auxiliar de enfermería, que prestó sus servicios al interior de una ESE, cuyo giro comercial, tiene total y estrecha relación con el servicio prestado por la demandante.

A su vez, negó el reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto y las horas extras reclamadas, en tanto, la verificación de una relación laboral, no convierte a la beneficiada con tal figura, en servidora pública.

1.5.- El recurso⁵.

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandada la impugnó, con el objeto de que sea revocada.

Como argumento del recurso de alzada, la entidad demandada asegura, que en el presente caso, no se configuran los elementos para la declaratoria de una verdadera relación laboral, indicando que las funciones desplegadas por la hoy demandante, a través de contrataciones estatales, se sujetan al giro ordinario en la prestación de los servicios de salud y se olvidó que la misma, se suscitó a través de una cooperativa de trabajo, esto es AMISALUD.

Considera la entidad recurrente, que del acervo probatorio arrimado al proceso, no quedan edificados de manera sólida, los elementos constitutivos del contrato realidad, ya que en sede de la juez a quo, se

⁵ Folios 430-432, cuaderno de primero instancia.

demostró con suficiencia, que la demandante, nunca contó con los elementos para que se predicare en su favor, un contrato realidad, siendo impensable, que el servicio a la salud, pueda manejarse de manera aislada y sin seguir unos protocolos y estándares, en la prestación de ese servicio, lo que malinterpretó el fallador de primera instancia, al considerar que esos estándares, eran la forma como se configuraba la subordinación.

Advirtió, que no debe olvidarse que el pago, fue realizado a una cooperativa de trabajo asociado, donde es claro, que la prestación personal del servicio, no podía ser en lugar diferente al centro de salud de la ESE San Blas de Morroa, por la naturaleza del servicio.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 11 de marzo de 2016, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁶.

- En proveído de 18 de abril de 2016, se dispuso correr traslado a la partes, para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo⁷.

Ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión, en sede de segunda instancia⁸.

- El Ministerio Público, emitió concepto de fondo, señalando la existencia de una verdadera relación laboral, entre la señora Domínguez Clemen y la ESE centro de salud de San Blas de Morroa, sin que del recurso formulado, se prevea fuerza argumentativa y probatoria, que desvirtúe la decisión de primera instancia⁹.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 14, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 27 del Cuad. de 2da Inst.

⁹ Folios 21-26 Cuad. de 2da Inst.

2.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia. Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente para conocer en **segunda instancia** de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2.2.- Problema Jurídico.

Teniendo en cuenta los extremos de la litis y los argumentos del recurso de alzada, el problema jurídico a desatar en la presente acción, es: ¿Hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral, entre la señora BERCELIA JOSEFA DOMÍNGUEZ CLEMEN y la ESE CENTRO DE SALUD DE SAN BLAS DE MORROA – SUCRE?

Es pertinente destacar, que el control ejercido por el juez de segunda instancia, se circunscribirá, estrictamente, frente a los puntos de disconformidad planteados por el recurrente, en el escrito del recurso de apelación, los cuales fueron citados en precedencia, de conformidad con el artículo 320 del CGP¹⁰, aplicado en virtud de la remisión prevista en el artículo 306 del CPACA, siendo coherentes con el principio de la “no *reformatio in pejus*” y entratándose de apelante único.

2.3.- Análisis de la Sala.

2.3.1.- Marco conceptual y jurisprudencial del contrato realidad – contratistas de empresas sociales del Estado.

La Constitución Política de 1991, en atención al nuevo marco sustancial definido por la categorización de un Estado Social de Derecho, se

¹⁰ Artículo 320: “*Fines de la apelación. El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión*”.

preocupó en consolidar la garantía y protección de los derechos fundamentales de nuestra organización política y social.

Bajo este paradigma, el constituyente estableció una serie de catálogos, que buscaron definir, cuáles bienes jurídicos son de especial protección, con miras a dar preeminencia, a las situaciones que ameritan la mayor atención del Estado y sus asociados, para efectos de concretar una relación justa y adecuada, a las exigencias del contexto contemporáneo.

Dentro de dicha tutela, se erige el derecho al trabajo, el cual ha sido protegido desde sus múltiples aristas de concretización e interpretación, destacándose en esta oportunidad, la valoración íncita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*¹¹, en la contratación de servicios laborales.

Sobre este último aspecto, la Corte constitucional, ha forjado una línea coherente sobre la temática. En reciente jurisprudencia, a través de un juicio de constitucionalidad abstracto del artículo 59 de la Ley 1438 de 2011, *"Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones"*, destaca aspectos sobresalientes entorno a la principalística abordada, en las facultades desplegadas por las Empresas Sociales del Estado, para contratar con terceros, la prestación de ciertos servicios, donde se destaca:

"En este sentido, esta Corte ha sostenido que la administración no puede suscribir contratos de prestación de servicios para desempeñar funciones de carácter permanente de la

¹¹ Constitución Política Art. 53. Sobre su naturaleza la Corte Constitucional en Sentencia C-665 de 1998 con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara indico *"Conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Fundamental, el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades. Y si la realidad demuestra que quien ejerce una profesión liberal o desarrolla un contrato aparentemente civil o comercial, lo hace bajo el sometimiento de una subordinación o dependencia con respecto a la persona natural o jurídica hacia la cual se presta el servicio, se configura la existencia de una evidente relación laboral, resultando por consiguiente inequitativo y discriminatorio que quien ante dicha situación ostente la calidad de trabajador, tenga que ser este quien deba demostrar la subordinación jurídica"*.

administración, pues para ese efecto debe crear los cargos requeridos en la respectiva planta de personal. Acerca del esclarecimiento de qué constituye una función permanente, la jurisprudencia constitucional ha precisado los criterios para determinarla, los cuales se refieren (i) al criterio funcional, que hace alusión a “la ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (artículo 121 de la Constitución)”;

(ii) al criterio de igualdad, esto es, cuando “las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral”; (iii) al criterio temporal o de habitualidad, si “las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual”; (iv) al criterio de excepcionalidad, si “la tarea acordada corresponde a “actividades nuevas” y éstas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta”; y (v) al criterio de continuidad, si “la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral”¹²

En suma, de lo expuesto hasta aquí puede concluirse que el carácter de propio o permanente de la función contratada por una entidad del Estado, permite diferenciar si realmente se trata de un contrato laboral o de un contrato de prestación de servicios, **ya que si la labor contratada hace parte de las funciones permanentes de la entidad o puede ser realizada por empleados de planta o no requiere conocimientos especializados, se trata en realidad de un contrato laboral aunque las partes le den el nombre y forma de contrato de prestación de servicios.**

5.6 En consecuencia, esta Corporación **reitera aquí la regla de prohibición de vincular mediante contratos de prestación de servicios a personas para desempeñar funciones propias o permanentes de las entidades de la administración pública**, regla que se deriva directamente de los artículos 25, 53, 122 y 125 de la Constitución. A este respecto, esta Corte ha reconocido que actualmente se presenta un aumento de contratos de prestación de servicios para el desempeño de funciones permanentes de la administración, lo cual se ha convertido en una “práctica usual

¹² Ibídem (sic).

en las relaciones laborales con el Estado", ha conducido a "la reducción de las plantas de personal de las entidades públicas", y ha dado lugar a las denominadas "nóminas paralelas" o designación de una gran cantidad de personas que trabajan durante largos períodos en las entidades públicas en forma directa o mediante las cooperativas de trabajadores, empresas de servicios temporales o los denominados out sourcing."

Así, la Corte ha evidenciado la existencia de una gran brecha entre la regla de prohibición de contratación de servicios de funciones permanentes de las entidades públicas y la realidad fáctica relativa a este tema, constatando al efecto la falta de eficacia real de dicha prohibición derivada de los preceptos constitucionales mencionados, ineficacia que afecta temas estructurales de la Carta de 1991, como los principios rectores del derecho al trabajo y de la función pública. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de **"..., todos los procesos de deslaborización de las relaciones de trabajo que, a pesar de que utilizan formas ... legalmente válidas, tienen como finalidad última modificar la naturaleza de la relación contractual y falsear la verdadera relación de trabajo"**.

(...)

En síntesis, la jurisprudencia constitucional ha sostenido la existencia de claros límites constitucionales a la contratación estatal derivados directamente de la Carta Política en sus artículos 25, 53, 123 y 125 Superiores, de manera que ésta debe respetar prevalentemente la regla general de acceso al trabajo permanente con el Estado, de respeto por la vinculación laboral con la administración, y por tanto la prohibición respecto de la celebración de contratos de prestación de servicios cuando se trata de desempeñar funciones de carácter permanente o propias de la entidad, cuando exista personal de planta que pueda desarrollarlo o cuando no se requieran conocimientos especializados. En consecuencia, esta Corporación ha advertido e insistido, especialmente a las autoridades administrativas o empleadores del sector público, pero también a los particulares o empleadores del sector privado, sobre el necesario respeto a la prohibición derivada de las normas constitucionales mencionadas, de contratar a través de contrato de prestación de servicios, funciones permanentes y propias del objeto de las entidades privadas o públicas, ya que esta práctica **"desdibuja el concepto de contrato" y "porque constituye una burla para los derechos laborales de los trabajadores" "pues su incumplimiento genera graves consecuencias administrativas y penales."**¹³(Negrilla del texto)

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional, ha establecido una serie de imperativos, parámetros y factores, para poder ejercer la facultad de contratación de servicios, evitando la práctica diseminada en la administración, que desdibuja las relaciones laborales, debiendo los operadores judiciales, estudiar la casuística respectiva, para efectos de evitar tan reprochable circunstancialidad.

Ahora bien, la jurisprudencia contenciosa administrativa¹⁴, a diferencia de la constitucional, ha tenido una línea intelectual disímil, que en los últimos años ha logrado encontrar una posición equiparable a la asumida por la Honorable Corte Constitucional, donde destaca la protección de las garantías laborales y el respeto por la relación asumida en los artículos 25 y 53 de la Constitución Nacional, donde resalta la configuración de una verdadera relación laboral, en los eventos en que es acreditado, fehacientemente, la existencia de los tres elementos de un contrato de trabajo que son a saber: la *prestación del servicio*, la *remuneración* y la *subordinación*.

Sobre este aspecto en sentencia del 4 de marzo de 2010¹⁵, en los casos de prestación de servicios médicos, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

¹⁴ Sobre la evolución del tema del Contrato Realidad ver Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 19 de abril de 2012. Expediente con radicación interna 2204-11. C. P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

¹⁵ Consejo de Estado. Sal de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Expediente con radicación interna 1413-08. C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. También se puede acudir a sentencia del 18 de mayo del 2011. Expediente con radicación interna 0056-10, del mismo consejero ponente.

La Sala ha hecho prevalecer entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

Así, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.

(...)

En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de Ordenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados; de manera que en atención a los conocimientos especializados que se requieren para la prestación del servicio médico en sus diferentes disciplinas y a la autonomía e independencia inherente a la aplicación y ejercicio de los mismos, se ha habilitado dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados.

Al respecto dirá la Sala que, si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, la especialidad de que se revisten los servicios Médicos - entratándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, 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.

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de ordenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso” (Subrayado fuera del texto)

A partir de lo anotado, para los casos del personal vinculado al sector de la salud, concretamente a la prestación de servicios médicos y/o de enfermería, si bien es cierto que la Ley permite la vinculación de este personal, a través contratos de prestación de servicios a entidades hospitalarias, a efectos de prestar servicios de manera especializada, que propugne por el avance y la actualización científica, sin que signifique el surgimiento de derechos laborales, también lo es, que en ciertos eventos muy específicos, no siempre las empresas sociales del Estado, deben

acudir a esta modalidad de vinculación laboral con la administración, como por ejemplo, cuando se requiera vincular a médicos, enfermeras, o auxiliares de enfermería, entre otros profesionales de la salud, con el propósito que desempeñen labores y funciones similares, al personal con las mismas condiciones de los profesionales, adscritos a la planta de personal permanente de la entidad, pues, de necesitar a profesionales de la salud para el cumplimiento de las funciones anotadas, deben acudir a la creación de cargos y no la contratación de prestación de servicios, en razón a que se propiciaría las denominadas “*nóminas paralelas*”, el cual no es el fin de este tipo de vínculo contractual.

Cuando las Empresas Sociales del Estado, vinculen profesionales del área de la salud, mediante contratos de prestación de servicios, para que presten unos servicios iguales o semejantes, a lo que prestan los vinculados a la planta de personal de la entidad, sin que éstos profesionales de la salud, tengan la condición de especializados, añadiendo que si ese servicio se presta de manera permanente y continua, se estaría ante una inminente relación laboral, inmiscuida en un contrato de prestación de servicios, que en la forma recibe esa denominación, empero, en la realidad ostentan todas las condiciones de una vinculación laboral.

En ese contexto, el servicio prestado por ese contratista del área de la salud, hace parte del objeto y el giro normal de las funciones primordiales de la entidad, lo cual hace que tenga cierta sujeción o dependencia con las directrices y políticas, que adopten las directivas de esa institución.

Conforme a lo desarrollado, es claro que la materialización del contrato realidad, está supeditada a la acreditación de los elementos de una relación laboral, donde el juzgador debe valorar las circunstancias fácticas de cada caso, según la contextualización de la casuística abordada.

2.3.2.- Caso concreto.

Como se dijo al momento de asumir la problemática del asunto, la Sala se limitará a estudiar los argumentos, que comprende el marco de censura expuesto por el apelante único, esto es, la declaratoria o no de la figura del contrato realidad, sin que exista inconformidad o argumento alguno, que controvierta los extremos temporales de la prestación de los servicios, por parte de la entidad recurrente.

Para ello, se tiene recopilado el siguiente acervo probatorio:

-. Copia de petición radicada el 30 de abril de 2012, por parte de la señora Bercelia Josefa Domínguez Clemen, en el que se le solicita el reconocimiento y pago de emolumentos laborales, suscitados por la existencia de una relación laboral¹⁶.

-. Copia de Oficio sin número, de fecha 18 de mayo de 2012, a través del cual, se da respuesta en sentido negativo, por parte de la ESE Centro de Salud de San Blas de Morroa, a la petición antes mencionada¹⁷.

-. Copia de planillas de horario de trabajo, referidas a la prestación de servicios en la ESE Centro de Salud de San Blas de Morroa¹⁸.

-. Certificación expedida el 21 de noviembre de 2011, por la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializado en Salud "AMISALUD", en el que señala, textualmente, lo siguiente:

"El señor (a) BERCELIA JOSEFA DOMINGUEZ CLEMEN, identificado (a) con cédula de ciudadanía 64740042 expedida en Corozal (Sucre), estuvo asociado a nuestra cooperativa desde el 02 de julio de 2008 hasta Octubre 31 de 2011, mediante convenio de trabajo asociado, desempeñándose en el cargo de AUXILIAR DE

¹⁶ Folios 10-12 del Cuad. 1ra Inst.

¹⁷ Folio 13 del Cuad. 1ra Inst.

¹⁸ Folios 15-26 del Cuad. 1ra Inst.

ENFERMERIA en la ESE DE SAN BLAS DE MORROA."¹⁹

-. Copia de documentación relacionada con contratación para la prestación de servicios, suscrito por la Cooperativa de Trabajo "AMISALUD", SENVISALUD, COOPRESALUD y la ESE Centro de Salud San Blas de Morroa²⁰.

-. Copia de Acuerdo N° 036 de 9 de diciembre de 1995²¹.

-. Copia de planillas de nómina años 2009-2010 y 2011, donde consta salarios devengados por auxiliares de enfermería²².

-. Copia de Planillas para efectos de establecer el cumplimiento de horario de trabajo, para los meses de febrero a mayo de 2012²³.

-. Declaración de terceros²⁴, efectuada por:

LINA MARCELA BARRETO CORENA: Afirmó ingresar en febrero de 2011, en calidad de enfermera jefe de la ESE Centro de Salud de San Blas de Morroa, coordinando horarios de trabajo y vinculaciones, por intermedio de cooperativa de trabajos. Es en dichas circunstancias, que conoce a la señora DOMÍNGUEZ CLEMEN. En su testimonio, efectúa una serie de precisiones, sobre la prestación del servicio y el horario de la mencionada.

MARGARITA LUCÍA RAMBAUTH LÓPEZ: Indicó que la demandante, era auxiliar de enfermería y la conoce, por haber laborado, directamente, en la ESE Centro de Salud de San Blas de Morroa, como enfermera jefe, a través de Cooperativas de Trabajo, finalizando su vinculación en el año 2011. Se pronuncia sobre la prestación del servicio de la señora Domínguez Clemen, señalando, que fue una auxiliar de enfermería, que estaba a su cargo, teniendo como funciones organizar horarios de trabajo.

¹⁹ Folio 27, cuaderno de 1ra Inst.

²⁰ Folios 79-216, 224-257, 292-344, cuaderno de 1ra Inst.

²¹ Folios 217-223, cuaderno de 1ra Inst.

²² Folios 401-404, cuaderno de 1ra Inst.

²³ Folios 15-26, cuaderno de 1ra Inst.

²⁴ Folios 396-398, cuaderno de 1ra Inst.

HERMINIA BEATRÍZ MENDOZA LOZANO: Señaló haber laborado como auxiliar de enfermería, en la ESE centro de Salud San Blas de Morroa, desde julio de 1999, y haber conocido allí, a la señora Domínguez Clemen, la cual ya se encontraba laborando en dicha entidad, asegurando ser compañeras de trabajo. En su declaración enfatiza, sobre el horario de trabajo que tenían como auxiliares de enfermería, el cual era fijado por la enfermera jefe.

FAOLA VIVIANA COLÓN PINEDA: Sostuvo estar vinculada a la ESE Centro de Salud San Blas de Morroa, como auxiliar de enfermería en el año 2001, siendo compañera de trabajo de la señora Domínguez Clemen, pronunciándose acerca de los turnos, que eran cubiertos en el centro de salud, por la mencionada.

ALIZ JULIANA DOMÍNGUEZ ROMÁN: Indicó haber prestado sus servicios, como auxiliar de enfermería en la ESE Centro de Salud San Blas de Morroa, donde conoció a la señora DOMÍNGUEZ CLEMEN y sostuvieron una relación de compañeras de trabajo.

JAVIER FRANCISCO MEZA DOMÍNGUEZ: Quien aseguró, haber sido enfermero jefe de la ESE Centro de Salud San Blas de Morroa y en sus funciones de coordinación, conoció a la señora Domínguez Clemen. En su testimonio, realizó algunas precisiones, sobre la forma de vinculación dispuesta por intermediación laboral.

Desarrollado el anterior acervo probatorio, encuentra la Sala, que efectivamente, la relación suscrita entre la señora BERCELIA JOSEFA DOMÍNGUEZ CLEMEN y la ESE CENTRO DE SALUD SAN BLAS DE MORROA, se suscitó en el plano de una verdadera relación laboral, al demostrarse la conjugación de los elementos de prestación del servicio, retribución y subordinación.

Al respecto, se tiene que la señora Domínguez Clemen, se desempeñó como auxiliar de enfermería en la ESE Centro de Salud San Blas de Morroa, recibiendo una contraprestación por sus servicios, el cual está definido por un plano de subordinación, que se detenta de la naturaleza de las funciones ejercidas, que de contera, se asumen como propias del giro ordinario del ente descentralizado en salud –carácter de permanencia y continuidad²⁵-, por lo cual, tal contexto jurídico-fáctico, permite afirmar, que a través de sendos contratos de prestación de servicios, suscritos por intermediación laboral, se encubrió la real situación laboral, de la hoy demandante.

Así mismo, sobre esta última afirmación y conforme las precisiones del recurso de alzada, se alega como exclusión de responsabilidad, la vinculación de la demandante a Cooperativas de Trabajo Asociado, como forma que elimina la responsabilidad del ente demandado, frente a lo reclamado, afirmación que debe desecharse, ya que, previéndose la situación de una intermediación laboral, eventualidad que ha sido estudiada por la jurisprudencia contencioso administrativa, sosteniéndose que en tales eventos, se pregona una responsabilidad solidaria, tanto la Cooperativa, como la entidad pública donde se prestan los servicios, asumen como empleadores, la responsabilidad que la relación laboral entraña, pues, no pueden escapar a las consecuencias jurídicas correspondientes, en virtud del acaecimiento del contrato realidad, como se logra denotar en el caso sub examine, en el cual, aparece como concepto relevante la solidaridad de la responsabilidad.

En tal sentido, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 23 de febrero de 2011, puntualizó:

“En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el

²⁵ Supra, nota 15.

detrimiento de los derechos laborales y prestacionales consagrados a favor del trabajador.

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa.

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.

Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el “Hospital Engativá II Nivel, E.S.E” de manera subordinada en las

*mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad."*²⁶

Por lo tanto, el hecho de que exista una intermediación laboral, entre la ESE Centro de Salud San Blas de Morroa y la Cooperativa de Trabajo Asociado AMISALUD, no quiere decir, que la entidad pública demandada, no se haga responsable de las consecuencias derivadas del acaecimiento de un contrato realidad, como el declarado en esta oportunidad, ya que como bien lo señala la jurisprudencia contenciosa administrativa, existe un juicio de *solidaridad*, que permite imponer órdenes y deberes al tercero beneficiado con la prestación del servicio, inclusive, si a lo largo del proceso judicial, no se vincula a las cooperativas de trabajo asociados como sujetos propios, de la vinculación y observancia del servicio encomendado y a la vez prestado.

Por consiguiente, este Tribunal no encuentra reparo alguno, sobre la decisión de primera instancia, en los términos y extremos argumentativos del recurso de apelación que es presentado, lo que conlleva a que se confirme la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2015, por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo.

3. Condena en costas - Segunda instancia.

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículo 365 y 366 del CGP, se condena en costas a la parte demandada.

²⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 23 de febrero de 2011. Expediente con radicación interna 0260-09. C. P. Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila. También puede acudir a sentencia del 17 de abril de 2013. Expediente con radicación interna 1001-2012. C.P Dr. Alfonso Vargas Rincón, donde se manifestó: "En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), **que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que si existe dependencia del trabajador frente a ella y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar de que no se encuentra vinculado de manera directa.**"

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 14 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de segunda instancia, al ente demandado. El a quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

TERCERO: Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 00101/2016

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA