



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE** **Sala Segunda de Decisión Oral**

Sincelejo, treinta y uno (31) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-005-2013-00286-01  
**DEMANDANTE:** JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI  
**DEMANDADA:** E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS  
**NATURALEZA:** NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia adiada 3 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se negaron las pretensiones de la demanda.

### **1.- ANTECEDENTES**

#### **1.1.- Pretensiones<sup>1</sup>**

JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI, a través de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del oficio de fecha 28 de mayo de 2013, a través del cual, la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, decidió de manera negativa la petición de reconocimiento y pago de acreencias laborales, elevada por el actor el día 21 de abril de 2013.

---

<sup>1</sup> Folios 4-6 del cuaderno principal de primera instancia.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se declare, que entre la entidad accionada y el demandante existió un contrato de realidad laboral (sic), desde el 1º de diciembre de 2011, hasta el 30 de noviembre de 2012. Pide además, que se cancele a su favor, la suma de \$3.396.180.00, por concepto de salario laborado durante el mes de noviembre de 2012.

Asimismo solicita, el reconocimiento y pago de las acreencias correspondientes a: cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de navidad, prima de servicios, bonificación por servicio prestado y bonificación especial de recreación, horas extras, dominicales, festivos con recargos diurnos y nocturnos, aportes al sistema de seguridad social salud y pensión, la no afiliación y cancelación a la A.R.L, indemnización por despido sin justa causa, sanción moratoria y descuentos realizados por estampillas y retefuente.

## **1.2.- Hechos<sup>2</sup>:**

Como fundamentos de la demanda, se manifestaron los siguientes supuestos fácticos relevantes:

El señor JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI, celebró inicialmente un contrato de trabajo verbal, para prestar sus servicios como médico en área de consulta externa general y urgencias, en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS – SUCRE, el día 1º de diciembre de 2011. Al estar vinculado sin solución de continuidad, le solicitaron suscribir varias órdenes de prestación de servicios de manera sucesiva e ininterrumpida, desde el 2º enero de 2012, hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad.

---

<sup>2</sup> Folios 1- 4 del cuaderno principal de primera instancia.

La jornada laboral desempeñada por el accionante, constaba de ocho horas diarias vespertinas de lunes a viernes, en consulta externa general, cumplía un horario en el servicio de urgencias, realizando cinco turnos mensuales de 03:00 p.m. a 07:00 a.m., intercalados cada seis días, en los meses de diciembre de 2011 a octubre 30 de 2012.

El salario mensual devengado a la terminación del contrato, fue de TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS, del cual le realizaban los respectivos descuentos, cancelándole en total, la suma de TRES MILLONES CIENTO SESENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS.

La relación laboral culminó el 30 de Noviembre de 2012, fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral, sin justa causa por parte la entidad accionada. Durante la relación laboral, el demandante, cumplió con todas las órdenes impartidas por el Gerente de la entidad y por el médico coordinador Dr. Hernán Vásquez Borja, labor desarrollada en las instalaciones de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS –SUCRE, devengando el salario mensual, sin reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos que hubiere adquirido como profesional de la salud.

Mediante escrito de 21 de abril de 2012, el señor JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio de su derecho de petición, solicitó el reconocimiento de la relación laboral y 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.

### **1.3. Contestación de la demanda<sup>3</sup>.**

La E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, a través de apoderado judicial se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Sostiene, que su actuación fue en apego a lo establecido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, sin que existiera la relación laboral alegada. Recalca, que en virtud de los contratos administrativos de prestación de servicios, debe haber una necesaria distribución de área, para que el encargado de supervisar el cumplimiento de las obligaciones contrarias en el contrato, pueda establecer cuál o cuáles contratistas, lo están haciendo a cabalidad, a fin de aplicar las cláusulas pertinentes, pero sin que se configure subordinación alguna.

### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>4</sup>.**

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 3 febrero de 2016, decidió negar las pretensiones de la demanda, al considerar que no se acreditó el elemento de subordinación, como supuesto indispensable para configurar la relación laboral reclamada. Sostuvo, que por el simple hecho de que la prestación de servicios, se desarrolle en el lugar de la sede del contratante y en los horarios que éste realice sus actividades, no constituye, indefectiblemente, una subordinación jurídica, puesto que en ocasiones, resulta necesario como parte de la coordinación, entre las partes que suscriben el respectivo contrato.

---

<sup>3</sup> Folios 109 -113 del cuaderno de primera instancia.

<sup>4</sup> Folios 202 -211 del cuaderno principal de primera instancia.

### **1.5.- El recurso<sup>5</sup>.**

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandante presentó recurso de apelación, en el que manifestó su desacuerdo con la posición del *A quo*, argumentando, que la subordinación sí se acreditó en la relación que sostuvo el señor JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI, con la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, toda vez que el accionante, cumplía las funciones asignadas por el médico coordinador y la gerente de la entidad, acatando órdenes en modo, tiempo y cantidad, además de estar sujeto al horario de consulta externa y de urgencias; a su vez, debía presentar la programación de citas a pacientes o usuarios, entregar informes sobre la ejecución del contrato, metas, entre otros.

Tareas realizadas en igual condición por los trabajadores de planta, aduciendo de lo anterior, que el servicio prestado se dio en virtud de una relación laboral entre las partes y no de una prestación de servicios, así mismo, los tratamientos y diagnósticos que realizó, lo eran bajo los reglamentos del POS-POS-S, en estricto cumplimiento de su labor como profesional de la salud.

Agregó, que el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, incurrió en irregularidades durante el trámite de la primera instancia, al incumplir los términos que disponen los artículos 172 y 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, referente al traslado de la demanda y la notificación del auto admisorio a las entidad públicas; así como también, al decretar una nulidad procesal que ya se encontraba saneada y finalmente, por no tener en cuenta la solicitud de ilegalidad elevada por la parte accionante.

---

<sup>5</sup> Folios 216-222 del cuaderno principal de primero instancia.

### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- Mediante auto de 2 de mayo de 2016<sup>6</sup>, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.
- En proveído de 26 de mayo de 2016<sup>7</sup>, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos conclusivos; sin embargo, las mismas guardaron silencio en esta oportunidad procesal.
- El señor Agente de Ministerio Público no emitió concepto en esta ocasión.

## **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.**

De conformidad con los extremos de la *litis* planteados, el problema jurídico a desatar en la presente acción, es determinar: ¿Hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral, entre el señor JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI y la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS –

---

<sup>6</sup> Folio 3, cuaderno de segunda instancia.

<sup>7</sup> Folio 13, cuaderno de segunda instancia.

SUCRE, con el consecuente restablecimiento del derecho, a título de indemnización?

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 Código General del Proceso<sup>8</sup>, 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 en tratándose de apelante único.

### **2.3.- Análisis de la Sala.**

#### **2.3.1.- Marco conceptual y jurisprudencial del contrato realidad – primacía de la realidad, sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.**

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

---

<sup>8</sup> 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”.

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 ínsita en el *principio de la primacía de la realidad sobre la forma*<sup>9</sup>, 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 principialística 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 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*

---

<sup>9</sup> 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”*.

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”<sup>10</sup>

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

---

<sup>10</sup> Ibídem (sic).

administración, lo cual se ha convertido en una “práctica usual 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.**”<sup>11</sup> (Negrilla del texto)*

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 administrativa<sup>12</sup>, a diferencia de la constitucional, ha tenido una línea 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, resaltando 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 24 de junio de 2015<sup>13</sup>, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

“Cuando el legislador utilizó en el inciso 2° del numeral 3° del artículo 32 de la citada ley la expresión “En ningún caso...generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales”, no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, lo que indica que el afectado podrá demandar por la vía judicial el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones a que haya lugar.

Igualmente, 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, rectificándose de esta manera la prolongada tesis que acogía la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.**”

### **2.3.2 Contrato realidad con ocasión de servicios médicos.**

En reiteradas ocasiones se ha afirmado jurisprudencialmente, que en el caso de quienes prestan servicios de salud es válida la suscripción de contratos 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 demandan conocimientos especializados, de tal manera que en atención a situaciones excepcionales, 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 del mismo, se ha habilitado dicha modalidad, para la contratación del

personal en los servicios en salud<sup>14</sup>.

No obstante, es menester aclarar que en la prestación de servicios médicos y/o de enfermería, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico 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 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.

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.

---

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, sentencia del 22 de agosto de 2013, Rad. No. 2008-01040-01(1396-10), C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

### 2.3.2.- Caso concreto.

Como se planteó al instante de asumir la problemática en cuestión, la Sala se limitará a estudiar los argumentos expuestos, procediendo así, a examinar los elementos materiales probatorios que reposan en el plenario, en aras de resolver el problema jurídico proyectado.

Para ello, se tiene recopilado el siguiente acervo probatorio:

- . Certificado expedido el 28 de mayo de 2013, por el Profesional Universitario con Funciones de Jefe de Personal de la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS, en el que indica que *“el señor JUAN VERGARA BENEDETTI, prestó sus servicios a esta entidad, desde el 2 enero hasta 30 noviembre de 2012, vinculado contractualmente mediante OPS. Como médico general, percibiendo una asignación mensual de Tres Millones Trecientos Noventa y Seis Mil Ciento Ochenta Peso M/L (\$3.396.180), quedando la entidad a paz y salvo con dichas obligaciones”*<sup>15</sup>.

- . Copia de Contratos de prestación de servicios Nos. 003, 071, 121, 198, suscritos por JUAN VERGARA BENEDETTI y la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS<sup>16</sup>.

- Copia de Otro sí No. 01 al contrato de prestación de servicios No. 044<sup>17</sup>.

- . Copias de actas de inicio de los Contratos de prestación de servicios Nos. 003, 044, 071, 121, 198<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Folio 12, cuaderno de primera instancia.

<sup>16</sup> Folios 2-6, del cuaderno de pruebas No. 1.

<sup>17</sup> Folio 3, cuaderno de pruebas No. 1.

<sup>18</sup> Folios 7-11, cuaderno de pruebas No. 1.

- . Actas de liquidación de los contratos de prestación de servicios Nos. 003, 044, 071, 121, 198<sup>19</sup>.

-. Certificado de disponibilidad presupuestal No. 158 de fecha de 2 de mayo de 2012<sup>20</sup>.

-. Copia de cuentas de cobro, órdenes de pago y comprobante de egresos, correspondientes a los meses de enero, febrero, marzo, abril, junio, julio, agosto, septiembre a favor de JUAN VERGARA BENEDETTI<sup>21</sup>.

Del análisis de las piezas documentales que reposan en el expediente, se encuentra acreditado sin lugar a dudas, la **prestación personal del servicio como médico** del señor JUAN VERGARA BENEDETTI, atendiendo el objeto contractual pactado en los contratos de prestación de servicios Nos. 003, 044, 071, 121, 198, suscritos por éste y la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS, en los siguientes términos:

*“... consulta externa médica general y de promoción y prevención de primer nivel de complejidad más cinco (5) turnos de urgencias al mes..., para atender 1408 usuarios en consulta externa y su respectivo diligenciamiento de Rips e historia clínica que se presenten en la E.S.E Centro de Salud de Ovejas...”*

Asimismo, se encuentra probado que durante la prestación de sus servicios, el actor, recibió una **contraprestación económica mensual**,

---

<sup>19</sup> Folios 12-21, cuaderno de pruebas No. 1. Es de anotarse frente a estos documentos, que pese a su existencia, que negaría la posibilidad de acceder a lo pretendido, pues, el accionante aceptó no adelantar acción judicial alguna, su contenido no puede negar la existencia de derechos irrenunciables, como los aquí discutidos.

<sup>20</sup> Folios 22-23, cuaderno de pruebas No. 1.

<sup>21</sup> Folio 24-51, cuaderno de pruebas No. 1.

según se desprende de las cuentas de cobro, órdenes de pago, comprobante de egresos y certificado, expedido por el Jefe de Personal de la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS.

Ahora bien, con relación a la existencia de la **subordinación** que alega el recurrente, se observa que la relación entre el actor y la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS, se vio rodeada de unas condiciones particulares, que permiten a esta Sala sostener, en este caso, que se trató de un vínculo subordinado y sin autonomía del contratista, por ende, de una relación dependiente entre las partes.

Al efecto, en primer lugar, se tiene que el marco temporal de la relación entre la E.S.E. y el demandante, fue desde el 2 de enero hasta el 30 de noviembre de 2012, desbordando abiertamente los límites de permanencia, para distinguir el contrato de prestación de servicios, de la relación laboral.

En este punto vale anotar, que el período comprendido entre el primero de diciembre de 2011 y hasta el 2 de enero de 2012, no puede ser considerado relación laboral, bajo la figura del contrato realidad, en tanto, como su nombre lo sugiere y así se ha delineado anteriormente, tal figura solo es viable de reconocerse, cuando la relación tiene como causa un contrato estatal, para el caso, contrato de prestación de servicios y no un contrato laboral de orden verbal, pues, en materia de lo contencioso administrativa, tal evento, debe tratarse como funcionario de hecho, lo cual, como tema de debate, no ha sido propuesto en este asunto, ni así se delimitó en la fijación del litigio.

En segundo lugar, las pruebas que reposan en el expediente, permiten concluir, que desde el inicio de la relación entre las partes –

en los topes fácticos ya definidos, esto es, aquellos que tienen soporte documental en contrato estatal-, al accionante no se le dio plena autonomía para la prestación de sus servicios profesionales como médico, pues, si bien tenía la posibilidad de elegir lugar, horario y disponibilidad de tiempo, para atender la cobertura de pacientes que se había pactado, lo cierto es que la labor contratada correspondía a aquella propia de las funciones de la Empresa Social del Estado, delimitada legalmente en el art. 195.2 de la ley 100 de 1993<sup>22</sup>, tal y como puede apreciarse en los acuerdos de voluntades suscritos por el señor JUAN VERGARA BENEDETTI y la E.S.E. CENTRO DE SALUD OVEJAS, en los que se estipuló:

*“El presente contrato tiene por objeto la prestación de servicios de salud en consulta externa médica general y de promoción y prevención de primer nivel de complejidad más quince (15<sup>23</sup>) turnos de urgencias al mes...”<sup>24</sup>*

Lo anterior se consolida aún más, con las respectivas actas de inicio de los contratos que suscribieron las partes, en las que se lee un texto similar al indicado.

Es de recordar, que en tratándose de médicos que prestan los servicios de consulta externa y de urgencias, cuando se reclama la aplicación de la figura del contrato realidad, debe tenerse en cuenta el denominado concepto de la función permanente para

---

<sup>22</sup> Art. 195.2 ley 100 de 1993: **“Régimen jurídico.** Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico: ... 2. 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social”.

<sup>23</sup> Cinco, en algunos de los contratos.

<sup>24</sup> Es de anotarse que la ejecución efectiva de la labor contratada, se demuestra con la certificación que aparece a folio 12 del expediente, en donde, la Jefe de Personal de la ESE, textualmente certifica: “Que el señor JUAN VERGARA BENEDETTI, identificado con cédula de ciudadanía número 92.512508 expedida en Sincelejo Sucre, prestó sus servicios en esta entidad desde el 2 de enero de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2012, vinculado contractualmente mediante OPS. Como MÉDICO GENERAL, percibiendo una asignación mensual e TRES MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA PESOS M/L (\$3.396.180), quedando la entidad a paz y salvo con dichas obligaciones”.

acceder a lo pretendido, tal y como parece reclamarlo la apelante; para lo cual, es pertinente considerar, que se han delineado los siguientes criterios, que dependiendo de la propuesta probatoria que se invoque, deben ser probados a cabalidad.

*“1. Criterio funcional: La ejecución de funciones que se refieren al ejercicio ordinario de las labores constitucional y legalmente asignadas a la entidad pública (art. 121 de la Constitución) deben ejecutarse, por regla general, mediante el empleo público. En otras palabras, si la función contratada está referida a las que usualmente debe adelantar la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento, la ley y la constitución, será de aquellas que debe ejecutarse mediante vínculo laboral. En conclusión, no puede existir empleo sin funciones cabalmente definidas en la ley o el reglamento, por mandato constitucional y que el desempeño de funciones públicas de carácter permanente en ningún caso es susceptible de celebración de contratos de prestación de servicios. Para el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente deberán crearse los empleos correspondientes<sup>25</sup>.*

*2. Criterio de igualdad: Si las labores desarrolladas son las mismas que las de los servidores públicos vinculados en planta de personal de la entidad y, además se cumplen los tres elementos de la relación laboral, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública<sup>26</sup>.*

*3. Criterio temporal o de la habitualidad: Si las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad, que conlleva el cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la labor, surge una relación laboral y no contractual<sup>27</sup>. Dicho en otros términos, si se suscriben órdenes de trabajo sucesivas, que muestra el indiscutible ánimo de la administración por emplear de modo permanente y continuo los servicios de una misma persona, y de esa manera, se encuentra que no se trata de una*

---

<sup>25</sup> Cita 101. Sentencia del 21 de agosto de 2003 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Radicación No. 0370-2003. C. P. JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE.

<sup>26</sup> Cita 102. Sentencia del 6 de septiembre de 2008 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Expediente No. 2152 – 06. C. P. Gustavo Gómez Aranguren.

<sup>27</sup> Cita 103. Sentencia del 3 de julio de 2003 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Expediente No. 4798-02. C. P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral<sup>28</sup>.

4. *Criterio de la excepcionalidad: Si la tarea acordada corresponde a "actividades nuevas" y estas no pueden ser desarrolladas con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que, de manera transitoria, resulte necesario redistribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública<sup>29</sup>. Por el contrario, si la gestión contratada equivale al "giro normal de los negocios" de una empresa debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual...*

5. *Criterio de la continuidad: Si la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, en otras palabras, para desempeñar funciones de carácter permanente, la verdadera relación existente es de tipo laboral...*

*En síntesis, una de las condiciones que permite diferenciar un contrato laboral de un contrato de prestación de servicios es el ejercicio de la labor contratada, pues solo si no hace parte de las funciones propias de la entidad o haciendo parte de ellas, no pueden ejecutarse con empleados de planta o requiera conocimientos especializados, pueden celebrarse contratos de prestación de servicios. De lo contrario, la administración debe recurrir a la ampliación de la planta de personal para celebrar contratos laborales"<sup>30</sup>.*

Resultando que en el caso concreto, el primero de los mencionados (criterio funcional e incluso de continuidad), hace su aparición, en tanto, como se mencionó, la prestación del servicio de médico externo y de urgencias en una empresa como la demandada, constituye prestación del servicio de salud, delineado expresamente

---

<sup>28</sup> Cita 104. Sentencia del 17 de abril de 2008 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Expediente No. 2776 – 05. C. P. Jaime Moreno García.

<sup>29</sup> Cita 105: Sentencia el 21 de febrero de 2002 de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Expediente No. 3530 – 2001. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

<sup>30</sup> BETANCOURT, Ricardo Barona. Primacía de la realidad en el sector salud. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá: 2012. Págs. 177 a 180.

en la ley y que corresponde al giro normal de los negocios de una Empresa Social del Estado, entendiéndose entonces, que el servicio que prestó el accionante, implícitamente, al momento de ejercer las atribuciones encomendadas, envuelve el cumplimiento de las directrices u órdenes impartidas, ya sea por quien aparece como contratante, supervisor del contrato o el propio director o gerente de la E.S.E., entes que a su vez, hacen parte de la estructura organizacional de la entidad demandada; órdenes que indudablemente, debía cumplir a cabalidad el contratista, a efectos de percibir su remuneración mensual, por ende, sin autonomía.

En ese orden de ideas, se tiene por acreditada la existencia de una relación laboral entre la partes, respecto de los periodos laborados descritos en las órdenes de prestación de servicios Nos. 003, 044, 071, 121 y 198; por tal motivo, este Tribunal, **revocará** la decisión de primera instancia, que negó las súplicas de la demanda y en su lugar, accederá a lo pretendido, iniciando por declarar nulo el acto administrativo demandado.

### **Del restablecimiento del derecho**

Conforme a lo anterior, se condenará a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD DE OVEJAS SUCRE, a pagar a favor del señor JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI, las respectivas prestaciones sociales, causadas durante los periodos que prestó sus servicios, descritos en las órdenes de prestación de servicios Nos. 003, 044, 071, 121 y 198, liquidadas conforme al valor pactado en los contratos de prestación de servicios, así como el pago de los aportes por dicho período, al sistema de seguridad social (pensión y salud), en su proporción respectiva, anotándose, que tales cotizaciones, tendrán

efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame el accionante.

El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que debió efectuarse el pago y el índice final, corresponde al día en que, efectivamente, se realice el pago de lo ordenado.

Finalmente, ha de manifestar la Sala, que si bien en la demanda se formulan otras pretensiones, distintas a las prestaciones que aquí se reconocen como derivadas de una verdadera relación laboral (concretamente aquellas que tienen que ver con la mora, en el pago de las primeras), las mismas no son de recibo, ya que la figura del contrato realidad, solo hace su aparición a partir de su declaración, por ende, mal podría predicarse la existencia de mora alguna en su pago.

Y en punto de la retención en la fuente y pago de estampillas, la misma, al corresponder a un tributo, debe atender los lineamientos propios de la acción tributaria, lo que análogamente y bajo las consideraciones de proporcionalidad, puede predicarse de la diferencia salarial que podría perseguirse en estos casos, pues, se insiste, lo reconocido parte de aceptar la existencia de un contrato estatal, que ficticiamente, se traduce en una relación laboral, para los solos efectos de la indemnización indicada, partiendo de lo pactado como honorarios, no de sumas superiores.

## 2. 4.- Costas procesales.

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas de ambas instancias, a la parte demandada y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho, de ambas instancias.

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: REVOCAR** la sentencia de 3 de febrero de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, conforme las razones expuestas, en la parte considerativa de esta providencia; y en su lugar se dispone:

**“1. DECLÁRESE** la nulidad del oficio de fecha 28 de mayo de 2013, expedido por la ESE CENTRO DE SALUD DE OVEJAS – SUCRE, mediante el cual, decidió negar el reconocimiento y pago de las pretensiones esbozadas en el derecho de petición de fecha 21 de abril de 2013, conforme lo anteriormente indicado.

**2. CONDÉNESE**, a la **ESE CENTRO DE SALUD DE OVEJAS - SUCRE**, a pagar el valor equivalente a las prestaciones sociales a favor del señor **JUAN JOSÉ VERGARA BENEDETTI**, por los periodos que prestó sus servicios, contenidos en las órdenes de prestación de servicios Nos. 003, 044, 071, 121 y 198, liquidadas conforme al valor pactado en las mismas, así

como el pago de los aportes por dicho período, al sistema de seguridad social (pensión y salud) en su proporción respectiva, anotándose que tales cotizaciones, tendrán efecto respecto de cualquier derecho pensional que a futuro reclame el accionante.

El valor de la condena se actualizará, aplicando para ello la siguiente fórmula:

$$R = Rh * \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el índice inicial, será el día en que debió efectuarse el pago y el índice final, corresponde al día en que, efectivamente, se realice el pago de lo ordenado.

3. **NEGAR** las demás pretensiones de la demanda”.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de ambas instancias, a la parte demandada. En firme la presente providencia, por el A quo, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

**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 Justicia XXI.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0142/2016

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS**

**SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA**