



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, siete (7) de julio de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-005-2014-00169-01
DEMANDANTE: ANÍBAL DE LA OSSA GUERRA
DEMANDADA: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 16 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹:

El señor **ANÍBAL DE LA OSSA GUERRA**, mediante apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en contra de la **E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**, con el fin de que se declare la nulidad del Oficio No. 00075 de fecha 13 de febrero de 2014 y como consecuencia de ello, se declare la existencia de una relación laboral entre las partes, para el período comprendido entre el 1º de agosto de 2011, hasta el día 15 de septiembre de 2012.

Igualmente solicita el actor, se ordene al ente demandado a pagarle las cesantías del periodo antes referenciado, por la suma de dos millones

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia.

doscientos cincuenta mil pesos (\$ 2.250.000.00) y el pago de los intereses sobre las cesantías, por la suma de doscientos setenta mil pesos (\$ 270.000).

Se le condene al pago de la sanción contenida en el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5 de la Ley 1071 de 2006, por la suma de cuarenta y un millones novecientos noventa y nueve mil quinientos ochenta pesos (\$ 41.999.580.00), consistente en un día de salario por cada día de retardo hasta la fecha de presentación de la demanda, más lo causado hasta que el pago efectivo de las mismas.

Se condene al pago de las vacaciones por la suma de un millón ciento veinticinco mil pesos (\$ 1.125.000.00); al pago de la prima de servicios por la suma de dos millones doscientos cincuenta mil pesos (\$ 2.250.000.00); al pago del reajuste salarial de los meses de agosto de 2011 a enero de 2012 y junio a 15 de septiembre de 2012, por la suma de cinco millones seiscientos mil pesos (\$ 5.600.000.00).

Se condene al pago de los intereses previstos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Y se ordene el ajuste del valor previsto en el artículo 187 ibídem.

Se condene en costas y agencias en derecho a la parte demandada.

1.2.- Hechos²:

El señor Aníbal de la Ossa Guerra, estuvo vinculado con el Hospital Universitario de Sincelejo, desde el 1º de agosto de 2011 hasta el día 15 de septiembre de 2012, mediante sucesivos contratos de prestación de servicios profesionales. En dicha institución, se desempeñó como profesional universitario en el área de la salud (Terapia Física) y su última remuneración fue la suma de un millón de pesos (\$1.000.000.00).

² Folios 3 - 4 del cuaderno de primera instancia.

Dentro de la relación laboral, se dio continuidad en el cumplimiento de las funciones que eran propias del cargo de profesional universitario, en el área de la salud (Terapia Física) y el cumplimiento de horarios; así como también el recibo de órdenes y desempeño de funciones.

El día 15 de septiembre de 2012, el demandante fue desvinculado, sin aparentemente mediar una justificación para dar por terminada la relación laboral.

El servicio era prestado en forma directa y de manera personal por el actor al Hospital Universitario de Sincelejo, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado, sin que se llegare a presentar queja alguna o llamado de atención en su contra.

Durante los meses de agosto de 2011 a enero de 2012, la remuneración devengada fue la suma de un millón seiscientos cincuenta mil pesos (\$1.650.000.00). Entre junio y agosto se le canceló un millón de pesos (\$1.000.000.00). Y en el mes de septiembre, por 15 días de trabajo, se le canceló la suma de quinientos mil pesos (\$500.000.00).

En los meses de febrero a mayo, ante las quejas y reclamos del trabajador, la entidad le subió la remuneración de acuerdo a su cargo, por lo que en esos meses le cancelaron dos millones de pesos (\$2.000.000.00) mensuales.

Las diferencias en los pagos, en criterio del demandante, no estaban acorde con el cargo de Profesional Universitario, por lo que se le adeudaba el reajuste de esos meses de salario.

Durante la relación sostenida con el Hospital Universitario de Sincelejo, al demandante, dice, se le dejó de cancelarle cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicio, reajuste salarial, indemnización por despido injusto, sin que hasta el momento hubiesen sido cancelados.

El día 5 de febrero de 2014, el demandante presentó escrito dirigido al Hospital Universitario de Sincelejo solicitando las prestaciones sociales, a lo cual la entidad dio respuesta mediante Oficio No. 00075 de fecha 13 de febrero de 2014, negando la existencia de la relación laboral y el pago de las prestaciones sociales.

1.3. Contestación de la demanda³.

La E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, se opuso a las pretensiones de la demanda, debido a que entre las partes no existió una relación laboral para el periodo alegado, pues, lo suscrito fue un contrato estatal de prestación de servicios de apoyo a la gestión regido por el artículo 32 No. 3 de la Ley 80 de 1993, el cual no generaba relación laboral, ni pago de prestaciones sociales. Y Propuso las siguientes excepciones de mérito:

- Inexistencia de la ilegalidad o carencia de vicio de nulidad en el acto administrativo acusado: el acto acusado goza de amparo legal, por cuanto la entidad no infringió la normatividad vigente, toda vez que el artículo 32 numeral 3 de Ley 80 de 1993 establece, que los contratos de prestación de servicios se pueden celebrar con personas naturales, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimiento especializado.

- Inexistencia de las obligaciones demandadas: La actora pretende el reconocimiento de una relación laboral, a pesar que en los mismos contratos de prestación de servicio de apoyo a la gestión, se estipuló en su cláusula séptima, inciso último, lo siguiente *“la presente orden no implica relación laboral alguna, no causa derecho de prestaciones sociales...”*

- Falta de causa para demandar: señala que la presencia de ciertas condiciones en la prestación de un servicio, como la continuidad y la obligación de cumplir lo pactado y visitas de manera aislada, no

³ Folios 87 - 92 del cuaderno de primera instancia.

determinan, necesariamente, la presencia de subordinación laboral, dado que hay contratos comunes de distinta naturaleza. Pero el que confluyan algunas de ellas, de manera significativa, constituye, sin lugar a dudas, un indicativo serio de una relación de trabajo dependiente.

Indica, que el cumplimiento o ejecución de una tarea pactada no es exclusivo del contrato de trabajo, pues, es connatural a todo convenio, en el que se acuerde. Ese mismo razonamiento, dice, tiene cabida en el evento de una prestación continua y duradera del servicio, toda vez que no puede decirse que ésta sea una característica única del contrato de trabajo, pues, podía darse en otro tipo de relaciones jurídicas, en las que realmente exista total independencia de la parte que desarrolla una actividad.

Sin embargo, tal continuidad no se acompasa con la regulación del contrato de prestación de servicio administrativo, pues, conforme al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios debe ser excepcional y de ninguna manera puede ser indefinida, por cuanto determina que su duración debe ser por el término estrictamente indispensable.

Y sostiene, que *"... el hecho de cumplir horarios, no es indicativo necesario de subordinación"* y cita en apoyo de ese aseerto, fragmentos de la sentencia del 27 de septiembre de 2005.

- Cobro de lo no debido: En cuanto a los aporte de pensión y salud, los cuales debieron ser cancelados por el contratista independiente para los periodos laborados; y *"de conformidad con lo dispuesto en la ley 100 de 1993, se tiene que los aportes en materia de salud y pensiones no pertenece al trabajador, ni al empleado, ni administrador de pensiones, pertenecen al sistema general de seguridad social en salud por tal razón se considera que el descuento de la cotización en salud que se efectuaron de su pensión, no reajusta a lo que al respecto establecen las normas*

legales, aclarando para el efecto que el pago de las cotizaciones en salud es obligatorio independiente que se preste o no el servicio.

- Genérica: La que resulte probada y pueda aplicarse oficiosamente.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 16 agosto de 2016, declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 0075 de fecha 13 de febrero de 2014, emanado de la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo, mediante el cual, negó el reconocimiento y pago de las prestaciones reclamadas por el actor.

En consecuencia, declaró que entre la E.S.E. Hospital Universitario de Sincelejo y el señor Aníbal Farid de la Ossa Guerra, existió una verdadera relación laboral en el periodo comprendido entre el 1º de agosto de 2011 al 15 de septiembre de 2012 y por ende, condenó a dicho ente a reconocer, liquidar y pagar a favor del demandante, el valor correspondiente a las prestaciones sociales legales, tales como cesantías, intereses de cesantías, prima de navidad y demás emolumentos a que tienen derecho los servidores del sector salud del orden territorial, durante el referido período en el que estuvo vinculado a esa entidad, en el cargo de cargo de Fisioterapeuta, teniendo en cuenta el valor pactado en los contratos.

Ordenó el pago de las sumas por concepto de cotizaciones en pensión y salud de los periodos en que duró el vínculo laboral, las cuales debían ser transferidos a las entidades en que se encontrara afiliado el demandante. Los periodos en los cuales se acreditó la existencia del contrato realidad, señaló, se tendrán en cuenta para los efectos legales a que haya lugar, especialmente para efectos pensionales.

⁴ Folios 151 - 160 del cuaderno de primera instancia.

Condenó en costas a la parte vencida. Y negó las demás pretensiones de la demanda.

Fundamentó el A-quo, que de las pruebas allegadas se desprendía que el demandante, prestó sus servicios al Hospital Universitario de Sincelejo desarrollando la labor como Terapeuta Físico y por ello, percibía un pago mensual, lo cual hizo a través de contratos de prestación de servicios.

Se desprendía también, afirmó, que el demandante desarrollaba su labor de manera personal y permanente en el tiempo contratado y tenía funciones relacionadas con la misión de la E.S.E. demandada, toda vez que en virtud del Decreto 1876/94, las Empresas Sociales del Estado fueron creadas para la prestación del servicio asistencial de salud a los usuarios.

En su criterio, las declaraciones allegadas reafirmaron que el actor, prestó sus servicios al hospital en el que desarrolló labores como Fisioterapeuta, cumpliendo turnos y horarios que eran fijados por la Coordinadora Dra. Silvana Carrillo, quien a la vez le indicaba el sitio donde prestaría el servicio, ya que podría ser en la Unidad Materno Infantil; les pedía estadística, les exigía que debían llenar reportes diarios de los pacientes que atendían, las historias clínicas y fueron coincidentes en afirmar, que hacían las mismas funciones que el personal de planta, además que recibían un pago mensual.

Agregó que las labores cumplidas por el actor, tenían relación con el aspecto misional de la ESE demandada, resultaban ser básicas para el funcionamiento de la entidad, más no requería prueba explícita de en qué consintieron estas; además, se tenía en cuenta los criterios jurisprudenciales, que determinaban que cuando la labor era permanente, era indicativo de la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios.

Así las cosas, para el Juez a quo, se encontraron reunidos los elementos de la prestación personal del servicio, la subordinación y dependencia y la

contraprestación a la labor desarrollada, lo que configuraba una verdadera relación laboral.

También estimó, que solo resultaba procedente el reconocimiento de las prestaciones a que tenían derecho los servidores del sector salud del orden territorial, en razón a que mediante sentencia C-402 de 2013 proferida por la Honorable Corte Constitucional, se declaró la exequibilidad de la expresión “*del orden nacional*” contenida en varios de los artículos del Decreto 1042 de 1978 y por tanto, los emolumentos allí regulados no aplicaban a los servidores del orden territorial; igualmente anotó, que no había lugar al reconocimiento de la sanción moratoria, toda vez que por tratarse de una sentencia de carácter constitutivo, solo a partir de ella era que surgía el derecho al actor y la obligación al demandado.

En cuanto a la diferencia salarial reclamada, dijo, que no resultaba procedente su reconocimiento como si tuviera la calidad de empleado público o la remuneración fijada para el personal de planta, por no tener la relación laboral de facto, la magnitud de desnaturalizar el vínculo laboral, por ende, jamás adquiere la calidad de empleado público; de allí que no era posible cancelar las diferencias salariales, máxime cuando tampoco se probó tal desmejora, ya que no se allegaron las nóminas que comprobaran el salario recibido por el personal de planta.

1.5.- Los recursos.

- **Parte demandada**⁵: argumentó que no existía prueba que acreditara la desnaturalización de los contratos de prestación de servicios, suscritos por el actor y prueba de ello, era que no se encontraba demostrado que el contratista hubiese desempeñado labores, que realizaban funcionarios de planta o de nómina del Hospital Universitario de Sincelejo o que laboraba en sus mismas condiciones y bajo subordinación del hospital.

⁵ Folios 171 - 173 del cuaderno de primero instancia.

Sostuvo, que el elemento subordinación no se encontraba probado con llamados de atención, requerimientos de cumplimiento de horarios, procesos disciplinarios, entre otros, ello en razón a que el demandante era un contratista que requería la administración, por la ausencia de personal que desempeñara lo contratado.

Indicó, que no era suficiente con estar probada la prestación personal del servicio y la remuneración, para la declaración de la existencia de una relación laboral, pues, la jurisprudencia del Consejo de Estado decía que era deber del demandante, probar los elementos esenciales.

Arguyó, que en nada concordaba la decisión del A-quo con las pruebas aportadas al proceso y la apreciación generalizada que hacía de ellas; la sentencia no tenía respaldo probatorio, porque jamás existió una relación laboral entre las partes, toda vez que cuando el actor aceptó su vinculación a través de órdenes de prestación de servicio, era consciente de su vinculación y de la normatividad que lo gobernaba.

Por lo anterior, solicitó se revocara la sentencia recurrida y en consecuencia, se negaran las súplicas de la demanda.

- **Parte demandante**: argumentó que la sentencia de primera instancia negaba la pretensión de la nivelación salarial, desconociéndose que estaba probado con los contratos aportados, que durante los meses de agosto de 2011 a enero de 2012, el demandante devengó la suma de \$1.650.000.00 mensuales, en los meses de febrero a mayo de 2012, recibió la suma de \$2.000.000.00 mensuales, en el mes de junio a agosto solo \$1.000.000.00 y en septiembre \$ 500.000.00; por lo que sí tenía derecho a una nivelación salarial de \$2.000.000.00 y si bien la testigo no era prueba idónea para demostrar el salario de los Profesionales Universitarios, Enfermeras Jefes e Instrumentadoras, obraban pruebas de la misma funcionaria, en las que el empleador a su arbitrio, le bajaba el salario, por lo tanto, la declaración de la testigo se convertía en prueba eficiente de

⁶ Folios 179 - 182 del cuaderno de primero instancia.

las razones por las cuales se dio el aumento en el salario en los meses de febrero a mayo.

A parte de lo anterior, afirmó, se probó con los contratos aportados la diferencia salarial entre un mes y otro y no respecto de los trabajadores de planta; diferencia que resultaba injusta, pues, el empleador no podía disminuirle su salario sin ninguna justificación legal, a menos de que ello fuera convenido por ambas partes, lo que no ocurrió en este caso, toda vez que los testigos fueron claros respecto de la inconformidad por el salario, de las quejas y reclamos realizadas al empleador, con el fin que nivelara el salario y ello lo probaban los contratos mediante los cuales el hospital, accedió a subir el sueldo a \$2.000.000.00, pero luego sin justificación nuevamente lo disminuyó.

Señaló, que aunque en el presente caso él no se encontraba vinculado a través de contrato de trabajo y tampoco a través de una relación legal y reglamentaria, sino a través de contratos de prestación de servicios, en la sentencia se reconoció la relación laboral, por lo cual, en virtud del derecho a la igualdad, debía ordenarse la respectiva nivelación salarial.

Así mismo, alegó que en el fallo recurrido se negó el reconocimiento de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías, al considerarse que se trataba de una sentencia de carácter constitutivo y solo a partir de ésta, era que surgía el derecho al actor y la obligación al demandado, razón por la cual, no podía considerarse en mora; sin embargo, él era un empleado de hecho y por lo tanto, gozaba de todas las garantías y derechos de los demás trabajadores, pese a su forma de vinculación.

Por lo anterior, solicitó se concedieran la totalidad de las pretensiones de la demanda.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 3 de febrero de 2017⁷, se admitió el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada.
- En proveído de 24 de febrero de 2017⁸, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión.
- Las partes demandante⁹ y demandada¹⁰, alegaron en esta instancia procesal, reiterando los mismos argumentos expuestos en el escrito de apelación.
- El señor Agente de Ministerio Público¹¹, emitió concepto señalando que debía confirmarse la decisión recurrida, pues, se demostró que el actor cumplía funciones propias de asistencia en terapia física para los pacientes del ente demandado, actividad que no podía efectuarse de forma autónoma, dado que la misma toca la esencia del giro de los negocios de la ESE HOSPITAL DE SINCELEJO, en donde la exigencia del cumplimiento de horarios ya implica subordinación.

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.

⁷ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁸ Folio 12, cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 16 - 19, cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 20 - 22, cuaderno de segunda instancia.

¹¹ Folios 23 - 28 cuaderno de segunda instancia.

2.2.- Problema Jurídico.

De conformidad con los fundamentos jurídicos planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que el problema jurídico se circunscribe en determinar:

¿Hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral, que desvirtúe los contratos de prestación de servicios, suscritos entre el señor ANÍBAL DE LA OSSA GUERRA y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO?

En caso de resolverse positivamente el anterior interrogante, se deberá establecer, dado el contenido estricto del recurso de apelación formulado por el apelante, si ¿hay lugar a ordenar el pago de la diferencia salarial reclamada y el pago de la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a favor del demandante?

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 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*¹², 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 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*

¹² 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*”.

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"¹³

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 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

¹³ Ibídem (sic).

*jurisprudencia constitucional ha reiterado de manera enfática la abierta inconstitucionalidad de “..., **todos los procesos de deslaboralización 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.**”¹⁴(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 administrativa¹⁵, a diferencia de la constitucional, ha tenido una línea disímil, que en los últimos años ha

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ 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.

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 2015¹⁶, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“Cuando el legislador utilizó en el inciso 2º del numeral 3º 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 o de personas que participan en su prestación.

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

¹⁶ Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 salud¹⁷.

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 a 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.

¹⁷ 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.

Atendiendo los argumentos expuestos, procede la Sala, a examinar los elementos materiales probatorios que reposan en el plenario, en aras de resolver las problemáticas jurídicas propuestas.

Se observa, que el señor ANÍBAL DE LA OSSA GUERRA, estuvo vinculado a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, mediante órdenes de prestación de servicios, en los siguientes períodos a saber:

- i) O.P.S. (1 de agosto a 31 de diciembre de 2011). (fl. 19-20)
- ii) O.P.S. No. 282 (2 de enero a 1 de febrero de 2012). (fl. 21-22)
- iii) O.P.S. No. 0801 (1 de febrero a 31 de mayo de 2012). (fl. 25 - 26)
- iv) O.P.S. No. 1563 (1 de junio a 31 de julio de 2012). (fl. 29 - 30)
- v) Adición O.P.S. No. 1563 (1 de agosto a 31 de agosto de 2012). (fl. 33)
- vi) O.P.S. No. 2021 (1 de septiembre a 15 de septiembre de 2012). (fl. 36- 37)

Las órdenes de prestación de servicios, tenían por objeto apoyar la gestión en los procesos de fisioterapia del Hospital Universitario de Sincelejo – Área de medicina Interna.

Junto a los mencionados contratos, se allegó copias simples de los certificados de disponibilidad y de los registros presupuestales de compromisos¹⁸.

Igualmente, se advierte la **prestación personal del servicio** del señor ANÍBAL DE LA OSSA GUERRA, conforme se desprende de algunas de las certificaciones suscritas por el Subgerente de Servicios Asistenciales¹⁹, en las que se lee que el demandante, prestó servicios profesionales ejecutando los procesos de Fisioterapéutica en la entidad, en los meses de febrero a agosto de 2012.

¹⁸ Folios 23, 24, 27, 28, 31, 32, 34, 35, 38, 39 del C.1.

¹⁹ Folio 40 del C.1.

Igualmente, se allegó copias de los turnos en los que figura el nombre del actor con turno asignado en el Hospital Universitario de Sincelejo, desde el mes de agosto de 2011 a septiembre de 2012²⁰.

A lo anterior se le suma, lo manifestado por los testigos allegados al proceso, quienes hicieron referencia a las labores de terapeuta físico ejercidas por el demandante en el Hospital Universitario de Sincelejo, en el periodo referenciado.

En el proceso también se halla probado la **remuneración**, como elemento sine qua non de la relación laboral, pues, en cada una de las órdenes de prestación de servicios, se pactó una contribución dineraria, como retribución de los servicios de terapeuta, es decir, expresamente se dejó sentado en la relación contractual, que el contratista –aquí demandante–, percibiría como contraprestación de las labores contratadas, unas sumas de dinero, equivalentes a \$8.250.000, \$1.650.000, \$8.000.000, \$2.000.000, \$1.000.000, \$500.000, respectivamente, por lo que no cabe duda que la relación laboral hace presencia.

Así mismo, se tiene que el actor en el ejercicio de su labor, estuvo ejerciendo funciones permanentes, dirigidas y propias de las labores de la entidad descentralizada, infiriéndose de ello, la **subordinación** característica de una relación laboral. Aserto que se apuntala en lo dicho por los testigos que comparecieron al proceso, quienes no dudaron en señalar, que el demandante ejercía funciones de Fisioterapeuta, las que debe entenderse, son propias del giro funcional de la entidad demandada, sin que hayan sido contradichos en su versión, lo que igualmente puede observarse en los contratos aportados al expediente.

En efecto, los testigos Liliana Margarita Ortega Santos y Algecira del Rosario Núñez Bohórquez señalan que el actor cumplía un horario de trabajo, recibía órdenes y especificaciones de la Coordinadora Dra. Silvana Carrillo, quien indicaba el sitio donde se prestaría el servicio, pedía estadística y

²⁰ Folio 54 - 67 del C.1

exigía reporte diario de los pacientes que atendía; coligiéndose de tales dichos, que el desarrollo de las actividades contratadas no eran del todo autónomas.

Aunado a lo dicho, véase, que por el tiempo laborado por el demandante en la entidad (más de 1 año), se advierte que el servicio de apoyo prestado como Fisioterapeuta, se hizo de manera continua, sin interrupción en el tiempo, lo que significa, que el servicio contratado por la entidad hospitalaria es necesario para el cumplimiento de su objeto y del giro normal del servicio de salud que proporciona.

Esta última consideración, sumada a que el actor cumplía un horario de trabajo, tal como lo demuestran las planillas visibles a folios 54 – 67 del C.1, denota la configuración del elemento de subordinación, como factor sustancial, para la configuración de una relación laboral y la desnaturalización de un vínculo meramente contractual.

En este punto, debe reiterarse, además de lo ya sostenido, que el objeto de las entidades hospitalarias, previstas en la Ley 100 de 1993, hace entrever, que las funciones desempeñadas por el actor son propias del giro normal de los servicios de salud que se prestan, lo cual, implícitamente, al momento de ejercer las atribuciones encomendadas, implica el cumplimiento de las directrices u órdenes que imparten los directivos de la administración hospitalaria, las que, indudablemente, debe cumplir el contratista a efectos que el servicio que se presta, sea óptimo y acorde con los lineamientos constitucionales y legales, de modo que en el objeto del contrato de prestación del servicio, al prever la funciones de fisioterapia, lleva ínsito, el acatamiento de órdenes que se impartan.

En resumen, dando respuesta al problema jurídico propuesto, se halla acreditada la existencia de la subordinación, que ejercía el HOSPITAL UNIVERISTARIO DE SINCELEJO, con respecto al demandante ANÍBAL DE LA OSSA GUERRA, en la realización de sus labores como Fisioterapeuta, durante los meses de 1 de agosto de 2011 a 15 de septiembre de 2012, lo

cual denota, la configuración de una verdadera relación laboral, encubierta en contratos u órdenes de prestación de servicios, al reunirse igualmente los demás elementos, esto es, la remuneración y la prestación personal del personal, con ánimo de habitualidad y permanencia.

Así pues, esta Sala de Decisión confirmará la sentencia de 16 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en cuanto se encuentra debidamente probada la relación laboral entre las partes, luego de demostrarse especialmente, la subordinación, tema de preocupación de la entidad apelante.

Determinada la existencia del vínculo laboral entre las partes, acertó el A-quo en decretar a favor del demandante, como restablecimiento del derecho, el pago de una indemnización correspondiente al reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales devengadas por los empleados públicos que laboran en dicha entidad, mientras estuvo vinculado por contratos de prestación de servicios en las fechas que atrás se delimitaron, para que sean liquidadas de acuerdo al **valor pagado en forma mensual por la prestación de sus servicios**, el cual debe tomarse como salario base, para la liquidación de dichos emolumentos, incluyendo las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones.

En efecto, se ha dicho, que una vez reconocida la existencia de la relación laboral, a partir de la desnaturalización de un contrato de prestación de servicios, el restablecimiento del derecho que recibe el contratista, se hará a título de indemnización **equivalente solo al reconocimiento de las prestaciones sociales**, que perciben los empleados de la planta de personal de la administración, con igual cargo y naturaleza al desempeñado por aquél.

Es precisamente en este punto, donde se le ha de indicar igualmente al demandante, que no se comparte su argumento referente a la nivelación salarial, ello, como quiera que el contratista en este caso, carece de la condición de empleado público y los emolumentos salariales son derechos

propios este tipo de trabajadores; sin que sea dable además, ordenar el pago de la referida nivelación atendiendo a la diferencia salarial de los valores pactado en los contratos, toda vez, que se insiste, la medida indemnizatoria en este tipo de asunto, una vez se avizore la existencia o acreditación del contrato realidad, estriba únicamente en el reconocimiento y pago de las **prestaciones sociales** que devengan los empleados de la administración, con iguales funciones a las desempeñadas con el contratista, excluyendo de ello, lo concerniente al pago de nivelación salarial, tomando como basa de liquidación los honorarios pactados en el correspondiente contrato de prestación de servicios.

A lo afirmado debe sumarse, que lo pedido en apelación si bien puede desprenderse del contexto de la demanda, que no de sus pretensiones, no fue objeto de reclamación ante la administración, omitiendo con ello el requisito de procedibilidad de agotamiento de la actuación administrativa. Al efecto, en la petición de fecha 5 de febrero de 2014, obrante a folios 14 – 15, textualmente se lee:

“Solicito que el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, en calidad de beneficiario de mis servicios personales permanente y subordinados, y por ende responsable de las obligaciones existentes me reconozca y pague lo siguiente: las prestaciones sociales dejadas de cancelar durante el tiempo de servicio, tales como prima de servicios y navidad, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, devolución de aportes de salud pensión, riesgos profesionales, indemnización por despido injusto e indemnización por la falta de pago, por el no pago de las prestaciones sociales debidas, sanción de un día de salario por cada retardo por la no consignación de las cesantías desde el primero de agosto de 2011 hasta que se efectúe el pago”.

Por otra parte y siguiendo con el análisis del caso en estudio, se advierte, que el actor también muestra inconformidad con el fallo recurrido, en cuanto no se ordenó el pago de la sanción moratoria por la no consignación oportuna de las cesantías, no obstante, este Tribunal comparte los argumentos del A-quo, en tanto, que solo hasta la sentencia que reconoce la existencia de la relación laboral, es cuando nace el

derecho prestacional de auxilio de cesantías, por lo que no puede decirse que la entidad haya incurrido en mora en el pago de tal prestación.

En ese orden de ideas, este Tribunal **confirmará** la decisión de primera instancia, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

2.4.- Reconocimiento de personería

Reposa en el expediente, poder debidamente conferido al Dr. José Luis Sarmiento Castillo²¹, para asumir la defensa de la entidad accionada, por lo cual y de conformidad con el artículo 160 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con los artículos 74 y 75 del Código General del Proceso, se le reconocerá personería.

2. 5.- Costas procesales.

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

En mérito de lo expuesto la Sala Primera 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 16 de agosto de 2016, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

²¹ Visible a Fl. 32 del cuaderno de apelación.

SEGUNDO: RECONOCER personería al Dr. José Luis Sarmiento Castillo, identificado con c. c. No. 17.958.655 y T. P. No. 191.189, como apoderado judicial de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, en los términos del poder conferido.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandada. El A quo liquidará, concentradamente, las costas procesales, incluyendo agencias en derecho.

CUARTO: 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. 0114/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA