



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, catorce (14) de Agosto de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-007-2013-00242-01
DEMANDANTE: EDER ANTONIO MEZA ROBLES
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 18 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹:

EDER ANTONIO MEZA ROBLES, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad de los Oficios Nos. 388 del 18 de abril de 2013, 418 y 423 del 26 de abril de 2013 a través de los cuales, el Gerente de la E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, le negó el reconocimiento y pago de sendas acreencias y prestaciones laborales.

Pide además:

¹ Folios 1 - 2 del cuaderno de primera instancia No. 1.

"Le reconozca y pague a EDER MEZA ROBLES, el equivalente a los salarios correspondientes a los meses de diciembre de 2011 hasta marzo de 2012.

(..)

El equivalente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho, tales como primas de servicios, primas de navidad, compensación en dinero de las vacaciones, auxilio de transporte, bonificaciones por servicios prestados, auxilio de alimentación, bonificación especial de recreación, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes al sistema de pensión y salud, y en general las prestaciones que se causaron en el período en que estuvo vinculado a ese hospital, es decir, del 1° de noviembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011, y del 1° de agosto de 2011 al 18 de marzo de 2012".

1.2.- Hechos²:

El señor **EDER ANTONIO MEZA ROBLES**, prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, desde el 1° de noviembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011, por intermediación de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Servicios Asistenciales - COOTRASOPAL -, desde el 1° de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011, mediante la suscripción de órdenes de prestación de servicios, y finalmente, desde el mes de enero hasta el 18 de marzo de 2012, de forma verbal.

La jornada laboral desempeñada por el accionante, era de lunes a viernes, en horario de 08:00 a.m. a 12:00 m. y 02:00 p.m. a 06:00 p.m. El salario mensual devengado fue de \$1.000.000.00.

La vinculación que existió entre el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, fue simulada a través de las órdenes de prestación de servicios. Durante la relación laboral, el demandante, cumplió con todas las órdenes impartidas por sus superiores, devengando la asignación mensual, sin reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos de manera oportuna.

² Folios 2- 3 del cuaderno de primera instancia No. 1.

También se le adeuda, afirma, los salarios correspondientes a los meses de diciembre de 2011 hasta marzo de 2012.

Mediante escritos del 5 y 22 de abril de 2013, el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES, por conducto de apoderado judicial, solicitó el reconocimiento y pago de los salarios y prestaciones a las que afirma tener derecho. Tal pedimento, le fue negado, a través de los Oficios Nos. 388 del 18 de abril de 2013, 418 y 423 del 26 de abril de 2013, actos que se demanda.

1.3. Contestación de la demanda³.

La E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, 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 la ley 80 de 1993, sin que existiera la relación laboral alegada, ni mucho menos subordinación.

Puntualiza, que la asignación que recibía el accionante como contraprestación de sus servicios, fue por concepto de honorarios y no de salarios.

Propuso las excepciones de inexistencia de la demanda, falta de causa para demandar, cobro de lo no debido y prescripción.

1.4.- Sentencia impugnada⁴.

El Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 18 enero de 2017, decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, al considerar que se acreditó el elemento de subordinación, como supuesto indispensable para configurar la relación laboral reclamada.

³ Folios 68 -74 del cuaderno de primera instancia No. 1.

⁴ Folios 203 -230 del cuaderno de primera instancia No. 2.

Encontró probada la vinculación anormal en calidad de funcionario de hecho, durante los meses de enero, febrero y marzo de 2012, al demostrarse que en dichos periodos le fueron asignados turnos al accionante, como al resto del personal de planta.

Condenó a la entidad accionada, al reconocimiento y pago de prestaciones sociales a título de indemnización, en los periodos acreditados a través de los contratos de prestación de servicios, que fueron incorporados al proceso. Asimismo, al pago de los salarios correspondientes a los meses de enero, febrero y 18 días del mes de marzo.

No declaró probada la excepción de prescripción, pues, adujo que la respectiva reclamación administrativa, se presentó dentro de los tres años siguientes a la terminación del vínculo que tuvo el actor con la entidad demandada.

Para el efecto, luego de recrear un marco normativo relacionado con el contrato realidad, sus elementos e indicar cuáles fueron las pruebas recabadas en el proceso, afirmó, que quedó demostrado que el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES, estuvo vinculado al ente demandado prestando sus servicios como auxiliar de enfermería, vinculación que inicialmente se dio entre el primero de noviembre de 2009 y hasta el 31 de enero de 2011, cuando estuvo vinculado a través de intermediación laboral por parte de la Cooperativa COOTRASOPAL.

Agregó, que igualmente se halla demostrado que mediante orden de servicios No. 241 de primero de agosto de 2011, el demandante fue contratado directamente por el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO por el término de cinco (5) meses, comprendidos entre el primero de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2011.

Afirmó, que durante tales lapsos de tiempo, el demandante percibió el pago de honorarios y que la prestación del servicio fue subordinada, en tanto, la labor de auxiliar de enfermería hace parte del objeto y giro

normal de las funciones primordiales del hospital demandado, amén de que tal labor se prestó en el área de urgencias, lo que a su vez, disminuía su libertad de actuación dado el riesgo que podía correr la prestación adecuada del servicio.

En relación con la vinculación que denominó anormal – funcionario de hecho, indicó, que tal circunstancia ocurrió entre el enero hasta el 18 de marzo de 2012, tiempo durante el cual, dijo, el demandante prestó sus servicios como auxiliar de enfermería pero mediante una vinculación verbal, lo cual, implica, en punto de lo pretendido, que debía demostrarse el ejercicio de funciones públicas, propias de un cargo creado en la planta de personal de la respectiva entidad, independientemente del conocimiento o no que tenga la administración de dicha situación.

Para el caso, señaló, que se demostró que en el ente demandado, concretamente en su planta de personal se encontraba creado el cargo de auxiliar de enfermería desde el año 2002, tal y como lo acredita la certificación obrante a folio 35, que incluso determina los emolumentos percibidos y que el demandante, cumplió en igualdad de condiciones las funciones desempeñadas por el personal de planta, lo que se probó con los cuadros de turnos y/o horarios asignados al señor EDER MEZA ROBLES en los meses de enero, febrero y marzo de 2012, deduciéndose así, que fue la propia entidad la que permitió la prestación del servicio.

De tal forma concluyó, que a pesar que la administración omitió suscribir contrato alguno que dé cuenta de la relación laboral existente con el demandante, los servicios que él prestó durante dicho tiempo, deben ser debidamente remunerados, pues, no puede prevalecer la situación de precariedad de la administración en cuanto al cumplimiento de los requisitos que exigía la ley, sobre los derechos labores irrenunciables del demandante.

De ahí que halló probada la existencia de una relación laboral de hecho, entre el demandante y el HUS, en el período comprendido entre el primero

de enero al 18 de marzo de 2012, advirtiéndole que el reconocimiento se hace desde el primero de enero de 2012, pues, según lo probado en el proceso, desde ese día se le asignaron turnos al demandante.

1.5.- El recurso⁵.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandada argumentó que la subordinación no se acreditó, en la relación que sostuvo el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.

Trajo a colación varios referentes jurisprudenciales del Honorable Consejo de Estado, para concluir, que en este tipo de asuntos, debe acreditarse el carácter permanente del cargo, para demostrarse una verdadera relación laboral.

Concluyó, que *"frente a la relación de hecho tampoco existe prueba y tal vinculación según los precedentes del Consejo de Estado no aplica en administración pública por la razón de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, máxime cuando no existe un principio de contrato sobre el asunto, en fin prueba que demuestre tal situación."*

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 29 de marzo de 2017⁶, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.
- En proveído de 25 de abril de 2017⁷, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos conclusivos; sin embargo, las mismas guardaron silencio al respecto.
- El señor Agente de Ministerio Público, no emitió concepto en esta oportunidad.

⁵ Folios 334- 336 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folio 20, cuaderno de segunda instancia.

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 fundamentos jurídicos planteados en el recurso de apelación, considera la Sala, que los problemas jurídicos se circunscriben en determinar:

¿Hay lugar a la declaratoria de la figura del *funcionario de hecho*, en el periodo comprendido entre el mes de enero y el 18 de marzo de 2012, para efectos del reconocimiento y pago de emolumentos prestacionales en materia laboral, con relación al señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, considerando que lo fijado como litigio se refirió concretamente a la noción de contrato realidad y no al de funcionario de hecho?

¿Una respuesta afirmativa a la inquietud anterior, conlleva vulneración del principio de la *reformatio in pejus*?

¿Hay lugar a declarar la existencia de una relación laboral, entre el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, durante el periodo en que estuvo vinculado por intermediación de una cooperativa y a través de la suscripción directa con el ente demandado, de órdenes de prestación de servicios, invocando la noción de contrato realidad?

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*⁸, 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

⁸ 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”.

“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 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”⁹

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**

⁹ Ibídem (sic).

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 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.**”¹⁰(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 administrativa¹¹, 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 2015¹², 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

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-171 de 2012. M. P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹¹ 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.

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Rad. No. 2010-00067-01(3038-13) C. P. Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

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 salud¹³.

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

¹³ 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.

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.

2.3.3.- Funcionario de hecho - marco jurisprudencial -.

El Art. 122 de la Constitución Política, dispone que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente (...) Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

La anterior preceptiva normativa, desde su contenido esencial implica que “(i) no hay empleo público sin funciones; (ii) Todo empleo público debe estar contemplado en la respectiva planta de personal; (iii) Sus emolumentos deben estar previstos en el presupuesto correspondiente¹⁴;

¹⁴ Característica concordante con lo dispuesto en los numerales 14 del artículo 189, 7 del artículo 305, y 7 del artículo 315 de la Constitución Política.

(iv) La titularidad para ejercer el empleo se adquirirá sólo a partir de la posesión del mismo.”¹⁵

A su vez se tiene que el empleo público es “*el núcleo básico de la estructura de la función pública objeto de esta ley. Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado*”.¹⁶

Teniendo en cuenta lo señalado, el ordenamiento jurídico colombiano, ha establecido distintas modalidades de vinculación a la función pública, ya sea *i) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); ii) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y iii) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal)*.¹⁷

Sin embargo, se presentan casos, en los cuales una persona desempeña un cargo público, sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios, para el efecto, es decir se sustrae de las distintas aquiescencias de las vinculaciones ajustadas a la ley, lo que conlleva, a raíz de garantizar ciertos derechos de orden prestacional, a la concretización y consolidación de la figura del *funcionario de hecho*.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda – Subsección B. Sentencia del 13 de febrero de 2014. Expediente con radicación interna 23-00 12. C. P. Gerardo Arenas Monsalve. Ver también sentencia del 15 de agosto de 2013. Expediente 1622-12. Del Consejero en cita.

¹⁶ Art 19 Ley 909 y 2004 y sobre las características del concepto aludido, señala:
“*El diseño de cada empleo debe contener: a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular; b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo; c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales.*

¹⁷ Supra, nota 13.

Figura que asume, por fuera de los lineamientos en la provisión de un empleo público¹⁸ y *“no solo se requiere que el cargo esté creado en la planta de personal de la entidad y legalmente previstas sus funciones en el reglamento de ella, sino que también surge, cuando una persona ejerce funciones públicas, con anuencia de las autoridades encargadas de controlar, permitir o impedir este tipo de situación, ello en aras de garantizar los derechos laborales de quienes se encuentran en situaciones de esa naturaleza, haciendo prevalecer el principio de la realidad sobre las formas.”*¹⁹

Por consiguiente, el reconocimiento y declaratoria del funcionario de hecho, desde la configuración de una línea jurisprudencial sólida, amerita la correspondencia de ciertos requisitos esenciales, esto es que **exista de jure el cargo y la función ejercidas irregularmente y que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado vinculado en debida forma**²⁰. (Subraya, negrilla y cita del texto).

2.3.4. Principio de congruencia

El principio de congruencia se encuentra consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso, en los siguientes términos:

“Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la

¹⁸ De allí que es excluyente con otras pretensiones de orden laboral, como lo es el contrato realidad en materia de contratos de prestación de servicios, ya que un evento no puede ser dos cosas.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda-Subsección A. Sentencia del 13 de febrero de 2014. Expediente con radicación interna 1943-12. C.P Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Así mismo en providencial de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero del 18 de septiembre de 2001, Radicado 11001-03-15-000-2000-0472 01 (S-472), se indicó: *“Conclusión de lo expuesto, es que el funcionario de hecho es aquel que tiene una investidura irregular pero que está ejerciendo en un cargo que figura en la respectiva planta de personal, cargo que tiene funciones detalladas en ley o reglamento y para el cual se encuentra designada una partida presupuestal específica.”*

²⁰, Supra, nota 13. Ver también Sentencia de 29 de marzo de 2012. Sección Segunda, Subsección “B”, C.P: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 50001-23-31-000-2005-10496-02(1146-10), Actor: Himelda Pulido Moreno, Demandado: E.S.E. Policarpa Salavarrieta- En Liquidación.

demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

Parágrafo 1º. En los asuntos de familia, el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita, cuando sea necesario para brindarle protección adecuada a la pareja, al niño, la niña o adolescente, a la persona con discapacidad mental o de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

Parágrafo 2º. En los procesos agrarios, los jueces aplicarán la ley sustancial teniendo en cuenta que el objeto de este tipo de procesos es conseguir la plena realización de la justicia en el campo en consonancia de los fines y principios generales del derecho agrario, especialmente el relativo a la protección del más débil en las relaciones de tenencia de tierra y producción agraria.

En los procesos agrarios, cuando una de las partes goce del amparo de pobreza, el juez de primera o de única instancia podrá, en su beneficio, decidir sobre lo controvertido o probado aunque la demanda sea defectuosa, siempre que esté relacionado con el objeto del litigio. Por consiguiente, está facultado para reconocer u ordenar el pago de derechos e indemnizaciones extra o ultrapetita, siempre que los hechos que los originan y sustenten estén debidamente controvertidos y probados.

En la interpretación de las disposiciones jurídicas, el juez tendrá en cuenta que el derecho agrario tiene por finalidad tutelar los derechos de los campesinos, de los resguardos o parcialidades indígenas y de los miembros e integrantes de comunidades civiles indígenas".

Este es un concepto nuclear en virtud del cual, el Juez, en su sentencia, no puede reconocer lo que no se le ha pedido (extra petita), ni más de lo

pedido (ultra petita); de no ser así, con su actuación estaría desbordando, positiva o negativamente, los límites de su potestad.

Así, la incongruencia es capaz de tornar en de vía de hecho²¹ la acción del Juez (reflejada en una providencia), en tanto "*subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediabilmente el principio de contradicción y del derecho de defensa*"²².

Luego, para establecer vulneración al principio de congruencia, debe tenerse en cuenta:

1. La naturaleza de las pretensiones hechas -lo pedido- y el campo de aplicación de los derechos en juego;
2. Si la sentencia o providencia judicial, recae sobre materias no demandadas, debatidas o probadas en el proceso; y,
3. Si el proceso conservó, desde su apertura hasta su culminación, un espacio abierto y participativo para las partes en contienda, de modo que se asegure la existencia del debate y de la contradicción -que le son consustanciales y que son el presupuesto de una sentencia justa- sobre una base de lealtad y de pleno conocimiento de sus extremos fundamentales.

2.3.4.- Caso concreto.

En el *sub examine*, se tiene recopilado el siguiente acervo probatorio relevante:

-. Certificado de fecha 4 de julio de 2012, expedido por la Representante Legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Servicios

²¹ Corte Constitucional Sentencia T-152 de 2013. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²² Corte Constitucional Sentencia T-231 de 1994. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Asistenciales -COOTRASOPAL-, en el que expresa que el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES estuvo vinculado con dicha cooperativa, mediante convenio de asociación, prestando sus servicios a la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, como Auxiliar de Enfermería desde el 1º de noviembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011²³.

-. Copia de relación de horarios de trabajo dentro de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, correspondientes al mes de diciembre de 2011, enero, febrero, y marzo de 2012, en los que figura el nombre del actor con turno asignado²⁴.

-. Certificado de fecha 13 de junio de 2012, expedido por el Subgerente de Servicios Asistenciales de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, en el que indica que el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES, prestó sus servicios ejecutando los proyectos de apoyo como Auxiliar de Enfermería en tal entidad, desde octubre de 2011 a marzo de 2012²⁵.

-. Contrato de prestación de servicios, suscritos entre el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y el Gerente de la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, correspondiente al siguiente periodo:

2011: 1º agosto – 30 diciembre. Objeto: Apoyar la gestión en los procesos de Auxiliar de Enfermería los diferentes servicios que le asigne el Hospital Universitario de Sincelejo.²⁶

-. Certificado de asignación básica mensual, prestaciones sociales y demás emolumentos devengados por los Auxiliares Área de la Salud (Auxiliares de Enfermería) que laboran en la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, durante las vigencias comprendidas del 2002 hasta el 2013.²⁷

²³ Fl. 23, cuaderno de primera instancia No. 1.

²⁴ Fls. 25, 27, 29 y 31, cuaderno de primera instancia No. 1

²⁵ Fl.32, cuaderno de primera instancia No. 1.

²⁶ Fls. 33 - 34, cuaderno de primera instancia No. 1.

²⁷ Folio 35, del cuaderno de primera instancia No. 1.

-. Declaración de tercero, rendida por la señora Tedis Munive Orozco, de la cual se destaca:

"Sí conozco al señor Eder Meza, lo conocí en el Hospital Universitario de Sincelejo laborando, y lo conozco porque fui compañera de trabajo de él... Laboró como auxiliar de enfermería, cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes de la 7:00 am a 1:00 pm y en las horas de la noche de 7:00 pm a 7 am, y así sucesivamente domingos y feriados. Laboró con la cooperativa COOTRASOPAL, y también por prestación de servicios, es decir, por OPS. PREGUNTA:... desde que periodos usted laboró en la ESE RESPUESTA:... desde el año 1999 a enero de 2013. PREGUNTA: Indíquele igualmente al Despacho,... los periodos en que laboró al servicio de la cooperativa de trabajo asociado, y los de las OPS. RESPUESTA: Lo vi laborando a finales del año 2009 por la cooperativa COOTRASOPAL a enero de 2011 y luego comenzó con prestación de servicios, es decir, OPS, desde agosto de 2011 como a mitad de marzo de 2012. PREGUNTA:... él prestaba sus servicios en que área como auxiliar de enfermería. RESPUESTA: Lo vi laborando en el servicio de urgencias, quirúrgica en el segundo piso, y medicina interna, en el cuarto piso del Hospital Universitario de Sincelejo. PREGUNTA: En los periodos que usted hace referencia, el señor Eder Meza recibió algún tipo de órdenes de algún funcionario del hospital... RESPUESTA: Sí él recibía órdenes de las enfermeras que ese entonces fueron encargadas de la parte asistencia del Hospital Universitario de Sincelejo, es decir, en el 2009 coordinaba la jefe Beatriz Paternina, en el 2011 la jefe Marta Vargas, y en el 2012 la jefe Beatriz Cortes, quienes hacían los cuadros de horarios, le daban órdenes, le daban instrucciones, como era que trataran bien al paciente, que las historias clínicas debían estar bien ordenadas, y entregar el turno cuando tenían que entregarlo cuando se acababa su periodo de trabajo del día o el de la noche. PREGUNTA:... Sírvase aclarar que paso en el periodo 2010, lo digo porque no hizo referencia en el año 2010. RESPUESTA: En el 2010, la jefe Beatriz Paternina. PREGUNTA: Que pasó con la jefe Beatriz Paternina. RESPUESTA: Era su coordinadora en ese entonces. PREGUNTA: Que tipo de elementos utilizaba el señor Eder Meza, para prestar sus servicios en el Hospital Universitario de Sincelejo. RESPUESTA: Utilizaba guantes, mascarillas, bolígrafo, la papelería para hacer las historias clínicas, y los equipos y medicamentos que les daba el Hospital Universitario de Sincelejo. PREGUNTA: Quien era el dueño de esos elementos... RESPUESTA: Del Hospital Universitario de Sincelejo. PREGUNTA: Durante el tiempo en el que el señor Eder Meza prestó sus servicios al Hospital Universitario de Sincelejo, a través de la cooperativa COOTRASOPAL que usted manifiesta; manifiéstele al Despacho si esa cooperativa a través de sus funcionarios o socios le impartieron algún tipo de orden al señor Eder Antonio Meza

Robles. RESPUESTA: No, solo le pagaban el sueldo. PREGUNTA:... explíqueme al Despacho porque usted conoce de horarios y donde prestaba el servicio el señor Eder Meza Robles, porque le consta lo anterior. RESPUESTA: Porque como dije anteriormente, yo fui compañera de trabajo de él, yo trabajé como aseo del Hospital Universitario y lo vi laborando porque nosotros nos rotaban por todas esas áreas, las cuales pude ver lo que laboró en el hospital y quienes eran sus jefes. PREGUNTA:... en alguna ocasión supo de algún llamado de atención de estos coordinadores del señor Antonio Meza Robles. RESPUESTA: No, ahora no recuerdo. PREGUNTA:... esos horarios se lo autoestablecía el señor Meza o provenían del hospital. RESPUESTA: Provenían del hospital a través de la coordinadora que mencione anteriormente."²⁸

Del análisis de las piezas documentales que reposan en el expediente, se encuentra acreditado sin lugar a dudas, la **prestación personal del servicio como auxiliar de enfermería** del señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES, desde el 1º de noviembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011, conforme el certificado emitido por COOTRASOPAL y del testimonio rendido en el proceso.

Es de anotarse, que el mentado documento no fue contradicho en su contenido, ni se probó en contrario, que el mismo faltase a la verdad por parte del ente demandado, acogiéndose así, como prueba, a la presunción señalada en el inciso segundo del art. 244 del C. G. del P. en concordancia con el art. 246 de la misma obra, que textualmente señalan:

“Art. 244 Documento Auténtico... Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso...”

“Art. 246 Valor probatorio de las copias... Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su

²⁸ Fls. 137 – 139, acta de audiencia y registro de grabación (DVD).

cotejo con el original, o a falta de éste con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente"

También se probó la prestación del servicio durante el periodo comprendido entre el 1º de agosto y 30 de diciembre de 2011, al tenor del contrato de prestación de servicio, que se relacionó en líneas anteriores.

Asimismo, se encuentra probado que durante la prestación de sus servicios, el actor, recibió una **contraprestación económica mensual**, según se desprende de los contratos de prestación de servicios y la aceptación de la entidad accionada en la contestación, respectivamente así:

"El Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E cancelará por este servicio ofrecido el valor de UN MILLON CIEN MIL DE PESOS MCTE (\$1.000.000.00)"

"... si bien el demandante recibía como contraprestación por la prestación de sus servicios UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000), no es cierto que lo recibiera como salario porque no hay una relación laboral como tal, sino como honorarios."²⁹

Ahora bien, con relación a la existencia de la **subordinación**, que es lo que alega finalmente el recurrente, se observa que la relación entre el accionante y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, 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 1º de noviembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011 y desde el 1º de agosto hasta 30 de diciembre de 2011, desbordando los límites de permanencia, para distinguir el contrato de prestación de servicios, de la relación laboral.

²⁹ Ver Fl. 122, cuaderno de primera instancia No. 1.

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, 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 1993³⁰, tal y como puede apreciarse en los acuerdos de voluntades suscritos por el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, en los que se estipuló:

“- Toma de relevo de manera verbal por parte del turno saliente.

Reposición de material y aparataje tras uso con los pacientes que accedan a esta sala.

Revisión de los boxes de reconocimiento y su aparataje comprobando su correcto funcionamiento.

Recepción de los pacientes que aducen al área donde se ejecuten los proceso bien por su propio medio o bien traídos por los diversos soportes.

Acudir a los boxes de reconocimiento para la realización de toma de constantes, pruebas complementarias e instauración de tratamientos indicados por los facultativos.

Vigilar la correcta administración de los tratamientos tanto en los boxes de reconocimiento como en la sala de espera interior de pacientes.

En caso de urgencia y no estar disponible un facultativo, proceder a la realización de las pruebas complementarias y tratamientos que se consideren necesarios (suministro de O₂, canalización de catéter periférico, EKG, etc.

Cumplimentación y registro (entendible y legible) en la gráfica de enfermería de los procedimientos, técnicas y cuidados aplicados al paciente. Asimismo quedará registrada en gráfica la identificación del profesional de enfermería que realiza los cuidados enfermeros.

Vigilancia de la evolución de los pacientes durante su estancia en el área.

³⁰ 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”.

Mantenerse expectante ante la llegada de resultados pendientes tanto de Laboratorio como de RX. Compilación y custodia de la historia del paciente para su valoración definitiva por el facultativo.

Avisar y coordinar los ingresos de los pacientes en otras áreas del hospital (Observación, Quirófanos, UCI, Unidades Hospitalización) con el enfermero/a receptor, previa revisión de las condiciones generales del paciente: tratamientos instaurados, vías y sondas permeables, correcta fijación de apósitos y catetes, higiene adecuada.

(..) ”

Valga la pena adicionar, que la prestación del servicio de auxiliar de enfermería en una empresa como la demandada, constituye prestación del servicio de salud, delineado expresamente en el ordenamiento reglamentario³¹ 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 el supervisor del contrato, coordinador de enfermería o el propio Gerente de la E.S.E., cargos que a su vez, hacen parte de la estructura organizacional de la entidad demandada.

Bajo ese entendido, se tiene que sí existió una relación laboral, entre el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y la E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, durante el periodo en que estuvo vinculado por intermediación de la cooperativa COOTRASOPAL y a través de la suscripción de órdenes de prestación de servicios.

Se advierte, que el hecho de que exista una intermediación laboral, entre la ESE Hospital Universitario de Sincelejo y la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Servicios Asistenciales -COOTRASOPAL-, 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

³¹ Decreto 1335 de 1990, Decreto 1876 de 1994, Decreto 1569 de 1998, Decreto 785 de 2005.

señala la jurisprudencia de lo contencioso administrativo³², 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.

Con relación al periodo en que estuvo el actor ***vinculado de forma verbal***, esto es, desde el mes de enero hasta el 18 de marzo de 2012, la Sala debe manifestar que en virtud del principio de congruencia al que se hizo alusión en el marco normativo, la sentencia de primera instancia no podía reconocer favorablemente pretensión alguna.

Al efecto, ni la petición dirigida a la administración (folio 17 – 18/20 - 21), ni la demanda (concretamente folios 1 y 2), ni la fijación del litigio señalado en audiencia inicial (folio 102 vto.), describen como pretensión el reconocimiento de la figura del funcionario de hecho, por ende, como pretensión, tal enunciado nunca fue tenido en cuenta.

Otro tanto ocurre con el debate respectivo sobre el tema, pues, a partir de lo anotado, en la contestación de la demanda, salvo la anotación presente en el acápite “hechos”, numeral quinto, nada se dice respecto a la figura en comento, lo que igualmente ocurre en los alegatos presentados especialmente por el ente demandado, por ende, en primera instancia, no se debatió la existencia o no de la figura del funcionario de hecho en este asunto, de ahí que dilucidar el tema en sentencia, era vulnerar el mencionado principio de congruencia, con ello, advertir un

³² 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.*”

exceso en las facultades del juzgador que no podía asumir, pese a que trata de argumentar sobre el tema en el contenido de la decisión recurrida.

Nótese que en ningún momento, se supera la consideración de los elementos que deben tenerse en cuenta para no incurrirse en vía de hecho, en otras palabras para no vulnerar el principio de la congruencia, contrario sensu, la decisión apelada asumió una determinación sobre la cual no podía pronunciarse.

Ahora bien, como lo apelado (subordinación) redundaba en el contenido de la sentencia de primera instancia, respecto tanto de la relación laboral derivada de la noción de contrato realidad, como de la de funcionario de hecho, tal situación habilita al Tribunal para que se pronuncie frente a la última figura a partir del argumento del principio de la congruencia, para señalar, que al no haberse pretendido el reconocimiento del funcionario de hecho para el período comprendido entre el primero de enero al 18 de marzo de 2012, el mismo debe ser excluido de la condena impuesta, en tal sentido, se modificará la sentencia recurrida.

Conforme a lo anterior, este Tribunal **confirmará** la decisión de primera instancia, pero modificará en lo relacionado con la condena impuesta con base en la consideración del funcionario de hecho.

2. 4.- Costas procesales.

En virtud de lo anterior y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del C. G. del P., no se condena en costas a la parte demandada, al haber prosperado parcialmente su recurso.

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: MODIFICAR los numerales segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto de la parte resolutive de la sentencia de fecha 18 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con lo expuesto. En consecuencia, tales numerales quedarán así:

“SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de los actos administrativos contenidos en los oficios Nos. 388 de 18 de abril de 2013, 418 y 423 del 26 de abril de 2013, que le negaron al señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES el reconocimiento y pago definitivo de derechos prestacionales causados entre los períodos comprendidos entre el primero de noviembre de 2009 y 31 de enero de 2011 y del primero de agosto hasta el 31 de diciembre de 2011, cuando se desempeñó como Auxiliar de enfermería en el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO E.S.E.

TERCERO: NO DECLARAR que entre el señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO E.S.E. existió una relación laboral de hecho desde el 2 de enero de 2012 hasta el 18 de marzo de este mismo año, en tanto no hace parte como pretensión del litigio.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO E.S.E. a reconocer y pagar a favor del señor EDER ANTONIO MEZA ROBLES, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.100.393.728 la totalidad de las prestaciones sociales a que tiene derecho por haber laborado para esa empresa desde el primero de noviembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011 y del primero de agosto a 31 de diciembre de 2011, como auxiliar de enfermería, teniendo en cuenta el salario que percibía un funcionario público de igual categoría, de acuerdo como se explicó en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: NO CONDENAR al HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO E.S.E. a pagar al demandante, EDER ANTONIO MEZA ROBLES, los salarios correspondientes a los meses de enero, febrero y 18 días del mes de marzo del año 2012, toda vez que no hace parte como pretensión del litigio.

SEXTO: El HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO E.S.E. deberá consignar en el FONDO O ENTIDAD DE SEGURIDAD SOCIAL que elija la parte actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de su vinculación laboral con la

entidad demandada, esto es, en el período comprendido entre el primero de noviembre de 2009 hasta el 31 de enero de 2011 y del primero de agosto a diciembre de 2011, conforme lo anotado”.

CONFIRMAR en lo restante la sentencia de 18 de enero de 2017, proferida por el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, de conformidad con las razones señaladas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas de segunda instancia, a la parte demandada.

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. 0131/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CESAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA