



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecisiete (2017)

MAGISTRADO PONENTE: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

RADICACIÓN: 70-001-33-33-002-2013-00284-01
DEMANDANTE: CENIA MANJARREZ RICARDO
DEMANDADA: E.S.E CENTRO DE SALUD DE OVEJAS
NATURALEZA: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

Procede la Sala, a decidir el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia adiada 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual, se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones¹:

CENIA MANJARREZ RICARDO, por conducto de apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, solicita la nulidad del Oficio del 27 de mayo de 2013, a través del cual, la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, le negó el reconocimiento y pago de sendas acreencias y prestaciones laborales.

Como consecuencia de lo anterior, pide que el reconocimiento de 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

¹ Folios 1 - 3 del cuaderno de primera instancia.

alimentación, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes al sistema de pensión y salud y en general, las prestaciones que se causaron durante los siguientes periodos que estuvo vinculada con la entidad accionada, como auxiliar de enfermería:

- . 3 de enero de 1998 – 30 de junio de 2004.
- . 2 de febrero – 31 de agosto y 3 – 30 de noviembre de 2009.
- . 29 de enero – 30 de junio de 2010.
- . 1º de febrero – 30 de noviembre de 2011.

1.2.- Hechos²:

La señora **CENIA MANJARREZ RICARDO**, prestó sus servicios como auxiliar de enfermería en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, mediante la suscripción de órdenes de prestación de servicios, durante los periodos antes referidos.

Refiere la demandante, que la vinculación que existió entre ella y la E.S.E CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, fue una verdadera relación laboral, simulada a través de sucesivas órdenes de prestación de servicios. Relata, que durante dicha relación, cumplió con todas las órdenes impartidas por sus superiores, devengando una asignación mensual, sin reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos de manera oportuna.

Sostiene la parte actora, que a pesar de estar vinculada a través de la modalidad contractual, siempre desempeñó funciones iguales y/o similares, a las realizadas por el personal adscrito a la planta de la entidad accionada.

² Folios 3- 6 del cuaderno de primera instancia.

Mediante escrito de 18 de abril de 2013, la señora **CENIA MANJARREZ RICARDO**, 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 del Oficio del 27 de mayo de 2013, acto que se demanda.

1.3. Contestación de la demanda.

La entidad accionada, no contestó la demanda.

1.4.- Sentencia impugnada³.

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 19 diciembre de 2016, decidió acceder a las pretensiones de la demanda, al considerar que se acreditó el elemento de subordinación, como supuesto indispensable para configurar la relación laboral reclamada.

Condenó a la entidad accionada, al reconocimiento y pago de prestaciones sociales a título de indemnización, en los periodos aludidos en la demanda.

No declaró probada la excepción de prescripción, pues, adujo que el término de la prescripción de los derechos pretendidos en conflictos relacionados con la figura del contrato realidad, empieza a contabilizarse a partir de la sentencia declarativa.

1.5.- El recurso⁴.

Con el fin de obtener la revocatoria de la anterior decisión, la parte demandada argumentó que la subordinación no se acreditó en la relación

³ Folios 159 -168 del cuaderno de primera instancia.

⁴ Folios 173 - 183 del cuaderno de primero instancia.

que sostuvo la señora CENIA MANJARREZ RICARDO y la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS.

Sostuvo, que tampoco se demostró la suscripción de los contratos de prestación de servicios, durante el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1998 hasta el 30 de junio de 2004. Adicionó, que la falta del documento que contiene el acto o contrato, no puede suplirse con otra prueba, en virtud de la misma formalidad de dicha contratación.

Puntualizó, que los derechos reclamados dentro del lapso 3 de enero de 1998 hasta el 30 de junio de 2004, se encuentran prescritos, pues, no fueron reclamados dentro de los tres (3) años siguientes a su causación.

1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.

- Mediante auto de 3 de abril de 2017⁵, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.
- En proveído de 8 de mayo de 2017⁶, se dispuso correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos conclusivos; llamado al que atendieron⁷, donde reiteraron los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos en las distintas etapas previas.
- El señor Agente de Ministerio Público, no emitió concepto en esta oportunidad.

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

⁵ Folio 5, cuaderno de segunda instancia.

⁶ Folio 10, cuaderno de segunda instancia.

⁷ Folios 16 – 18 y 19 – 25, cuaderno de segunda instancia.

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 declarar la existencia de una relación laboral, que desvirtúe los contratos de prestación de servicios, suscritos entre la señora la señora CENIA MANJARREZ RICARDO y la E.S.E CENTRO DE SALUD DE OVEJAS?

¿Se encuentran prescritos los derechos laborales y prestacionales, que pretende la parte demandante ante la existencia de la relación laboral, que a su juicio se estableció con ocasión de los contratos de prestación aludidos?

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, *“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*

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”*.

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 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

⁹ Ibídem (sic).

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.

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

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 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

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.

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 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

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.

de cada caso, según la contextualización de la casuística abordada.

2.3.3 La prescripción en materia de contrato realidad. Consideración jurisprudencial unificada.

La prescripción, entendida como aquel fenómeno jurídico que permite que acciones jurídicas se extingan debido a la inactividad de uno de los sujetos, es decir, por transcurso del tiempo, en lo que hace a la figura del contrato realidad ha sido objeto de constante debate, resultando que finalmente, la Sección Segunda, de la Sala Contencioso Administrativa del Honorable Consejo de Estado, ha unificado su posición al respecto, unificación que este Tribunal ha aceptado¹⁴, en razón a que se trata de respetar el precedente jurisprudencial, en asunto de similares connotaciones, amén del respeto del respeto a la sentencias de unificación, en los términos ya señalados. Dicha providencia de unificación señala:

“1. Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.

2. Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.

3. Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema general de seguridad

¹⁴ Es de anotarse que la citada sentencia de unificación jurisprudencial, fue conocida a nivel nacional a partir del primero de febrero de 2017, en su texto oficial, pese a la fecha de su expedición, por ende, en virtud de la publicidad que implica la aplicación del contenido jurisprudencial, ha sido la fecha indicada, la que determina el devenir de las decisiones de este Tribunal en temas relacionados.

social en pensiones, que podría tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.

4. Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema general de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuados de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el art. 164, numeral 1, letra c del CPACA)...

6. El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido al derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción, ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).

7. El Juez Contencioso - Administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto a los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extrapetita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador..."¹⁵

2.3.4.- Caso concreto.

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

- . Certificado de fecha 10 de agosto de 2005, mediante el cual, el Asistente Administrativo y Financiero de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, asevera que la señora CENIA MATILDE MANJARREZ RICARDO, se desempeñó en el cargo de auxiliar de enfermería "en es(a) entidad (Orden de Prestación) desde el primero (01) de enero de 2000 hasta el treinta de junio de 2004."¹⁶

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia de Unificación de fecha 25 de agosto de 2015. Radicación No. 23001-23-33-000-2013-00260-01 (0088-2015). Demandante: Lucinda María Cordero Causil. Demandado: Municipio de Ciénaga de Oro - Córdoba.

¹⁶ Folio 16, cuaderno de primera instancia.

-. Contratos de prestación de servicios, suscritos entre la señora CENIA MATILDE MANJARREZ RICARDO y la Gerente de la E.S.E CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, correspondiente a los siguientes periodos:

1). **2009: 2º febrero – 31 marzo.** Objeto: Prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería.¹⁷

2). **2009: 1º abril – 30 junio.** Objeto: Prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería.¹⁸

3). **2009: 1 julio – 31 agosto.** Objeto: Prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería.¹⁹

4). **2009: 3 noviembre – 30 noviembre.** Objeto: Prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería.²⁰

5). **2010: 29 Enero – 30 junio.** Objeto: Prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería.²¹

6). **2011: Febrero, marzo, abril, mayo, junio – octubre, noviembre:** Objeto: Prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería.²²

-. Copia de relación de horarios de turnos de auxiliares de enfermería correspondientes a los meses agosto, noviembre de 2001, marzo, abril, mayo de 2003, mayo de 2009, febrero, marzo, abril, junio de 2010, mayo, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2011, en los que figura el nombre de la actora con turno asignado²³.

-. Declaraciones de los señores ORCAR GONZÁLEZ OLIVERA y RAQUEL TEHERAN RIVERO, quienes coincidieron en manifestar: i) que la señora CENIA MATILDE MANJARREZ RICARDO prestó sus servicios como auxiliar de enfermería desde el año 1998 hasta el 2004; ii) que cumplía un horario laboral; iii) que el uniforme que portaba era de enfermera; iv) que

¹⁷ Folios 17 – 18, del cuaderno de primera instancia.

¹⁸ Folios 19 - 20, del cuaderno de primera instancia.

¹⁹ Folios 21 – 22, del cuaderno de primera instancia.

²⁰ Folios 23 – 24, del cuaderno de primera instancia.

²¹ Folios 25 - 27, del cuaderno de primera instancia.

²² Folios 28 – 33, del cuaderno de primera instancia.

²³ Folios 34 - 54, del cuaderno de primera instancia.

realizaba turnos de día y de noche; y v) que recibía una asignación por la prestación de sus servicios.

Pues bien, 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** de la señora CENIA MATILDE MANJARREZ RICARDO, atendiendo el objeto contractual pactado en los contratos de prestación de servicios.

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, por su carácter oneroso.

Ahora bien, con relación a la existencia de la **subordinación**, que es lo que alega finalmente el recurrente, se observa que la relación entre la accionante y la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, se trató de un vínculo subordinado y sin autonomía del contratista, por ende, de una relación dependiente entre las partes, durante los siguientes periodos:

- . 2 de febrero – 31 de agosto, y 3 – 30 de noviembre de 2009.
- . 29 de enero – 30 de junio de 2010.
- . 1º de febrero – 30 de noviembre de 2011.

En efecto, las pruebas que reposan en el expediente permiten concluir, que desde el inicio de la relación entre las partes –en los topes fácticos ya definidos- esto es, aquellos que tienen **soporte documental en contrato estatal**-, 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 1993²⁴, tal y como puede apreciarse en los acuerdos

²⁴ 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".

de voluntades suscritos por la señora CENIA MATILDE MANJARREZ RICARDO y la E.S.E CENTRO DE SALUD DE OVEJAS, en los que se estipuló:

"... El objeto de este instrumento es la prestación de servicios como Auxiliar de Enfermería a los usuarios que accedan a la E.S.E Centro de Salud de Ovejas para su atención en consulta externa o por urgencias. PARÁGRAFO UNO: EL CONTRATISTA deberá realizar los procedimientos de cada caso. PARÁGRAFO DOS. EL CONTRATISTA deberá diligenciar las notas de enfermería en la Historia Clínica de cada paciente."

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 reglamentario²⁵ y que corresponde al giro normal de los negocios de una Empresa Social del Estado, entendiéndose entonces, que el servicio que prestó la 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, jefe 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.

Ahora bien, al margen de lo anterior, la Sala modificará la providencia objeto de apelación, concretamente en la decisión de condenar por todo el periodo pretendido por el accionante.

En efecto, considera este Tribunal que el periodo comprendido entre el 3 de enero de 1998 hasta el 30 de junio de 2004, no puede ser considerado relación laboral bajo la figura del contrato realidad, en tanto, como su nombre lo sugiere y así se ha delineado anteriormente, tal institución solo es viable de reconocerse, cuando la relación tiene como causa un contrato estatal, para el caso, contrato de prestación de servicios, el cual no fue acreditado, sin que se pueda, en este caso, suplir tal falencia con las certificaciones emitidas por la entidad demanda, pues, el texto de las mismas no dice que la vinculación con la entidad haya sido por contrato

²⁵ Decreto 1335 de 1990, Decreto 1876 de 1994, Decreto 1569 de 1998, Decreto 785 de 2005.

de prestación de servicios, limitándose a señalar el desempeño de un cargo como auxiliar de enfermería sin más información (folios 15 -16).

Al respecto, la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha reiterado:

*“Sin embargo, al proceso no se allegó documento alguno que acredite la existencia de dichos contratos, por lo que, lo afirmado por las declarantes carece de veracidad probatoria, máxime, si se tiene en cuenta que por regla general, **los contratos estatales deben constar por escrito, pues así lo disponen los artículos 39²⁶ y 41²⁷ de la Ley 80 de 1993, al señalar que es ésta la forma que deben adoptar tales actos jurídicos para existir jurídicamente y quedar perfeccionados, de tal suerte que, es una exigencia de ley elevar por escrito el acto contractual.**”²⁸*

Ahora, aun cuando no fue materia de apelación, la Sala se pronunciaría sobre la prescripción de los derechos acaecidos durante los demás periodos contractuales, a saber: - 2 de febrero – 31 de agosto de 2009; 3 – 30 de noviembre de 2009; 29 de enero - 30 de junio de 2010; y 1º de febrero – 30 de noviembre de 2011-, toda vez que se trata de una excepción que puede ser considerada de oficio (art. 187 del CPACA).

Efectivamente, del expediente se tiene que entre la finalización del contrato adiado 29 enero de 2010, es decir, el 30 de junio de 2010 y la celebración del siguiente contrato, 1º de febrero de 2011, **transcurrieron siete (7) meses, lapso abiertamente ostensible que permitiría considerar la interrupción del servicio, con ello de la habitualidad y permanencia** y dar aplicación a la exigencia a cargo del actor, de reclamar el reconocimiento de los derechos prestacionales generados por la desnaturalización de los contratos previamente citados y así evitar la

²⁶ “Artículo 39º.- De la Forma del Contrato Estatal. Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles, y en general aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad”.

²⁷ “Artículo 41º.- Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito”.

²⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 21 de abril de 2017, Rad. 2013-00037-01 (0506-15), C. P: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

prescripción trienal, de conformidad con el precedente fijado por el Honorable Consejo de Estado, a través de la sentencia del 25 de agosto de 2015, citada en líneas anteriores.

Siendo así, en consideración a que el vínculo contractual aludido, culminó **el 30 de junio de 2010** y que la reclamación para el reconocimiento de la existencia de la relación laboral (con fundamento al principio de la primacía de la realidad sobre las formas), se realizó el día **18 de abril de 2013**, la conclusión más clara, es que no se configuró el fenómeno de la prescripción.

De igual manera, la contabilización efectuada, permite concluir que los derechos derivados del último periodo contractual, *1º de febrero – 30 de noviembre de 2011-*, tampoco se encuentran prescritos.

En este orden de ideas, esta Sala de Decisión confirmará la sentencia recurrida, modificándose parcialmente el numeral segundo de su parte resolutive, para que al efecto, la condena se imponga por los siguientes periodos solamente:

- . 2 de febrero – 31 de agosto y 3 – 30 de noviembre de 2009.
- . 29 de enero – 30 de junio de 2010.
- . 1º de febrero – 30 de noviembre de 2011.

2. 4.- Costas procesales.

En virtud de lo anterior, y siendo consecuentes con lo dispuesto en los artículo 365 y 366 del C. G. del P., no hay lugar a condena en costas en segunda instancia, toda vez que el recurso prospera parcialmente.

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: MODIFÍQUESE parcialmente el numeral segundo de la sentencia aditada 19 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, en el siguiente sentido:

"SEGUNDO: CONDENAR a la parte demandada, a pagar los siguientes valores de conformidad a los conceptos que le corresponden, así:

1. Prestaciones sociales dejadas de percibir y constitutivas a título de reparación indemnizatoria o indemnización reparatoria, teniendo en cuenta como base de liquidación los honorarios pactados y dentro de los siguientes periodos:

- 2 de febrero a 31 de agosto y 3 a 30 de noviembre de 2009.
- 29 de enero a 30 de junio de 2010.
- 1º de febrero a 30 de noviembre de 2011.

2. De igual manera y previa verificación entre las partes, de lo correspondiente a la cancelación de la Seguridad Social Integral, según los períodos de cotización probados y pagados por la actora, presentados por la actora al demandado y teniendo que reconocer el demandado en mención, el porcentaje de ley aplicable. En el caso de las compartidas entre empleador y empleado, para proceder a su devolución deberá observar el correspondiente porcentaje que a cada uno le toca aportar.

INDEXACIÓN. Lo anterior aplicando la fórmula del art. 187 de la ley 1437 de 2011, que mantiene indexado el valor o en otras palabras, actualizado a la fecha de cancelación de lo debido. Para ello, consultará la norma en referencia y se seguirán las consecuencias del art. 192 y ss ob. cit."

CONFIRMAR en lo restante el fallo recurrido.

SEGUNDO: No hay lugar a condena en costas de segunda instancia.

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 Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE
Aprobado en sesión de la fecha, según Acta No. 0159/2017

Los Magistrados,

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CARDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA