



**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE  
SINCELEJO**

**Sincelejo, cuatro (4) de abril de dos mil diecisiete (2017)**

**Radicado: N° 70001-33-33-002-2016-00279-00**

**Demandante: RUTH ESTHER HERRERA QUINTERO**

**Demandado: E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**

**Asunto: CONCILIACION EXTRAJUDICIAL**

*Asunto: no aprueba conciliación judicial extrajudicial*

**1. ASUNTO A TRATAR**

Procede el Despacho a decidir sobre la aprobación o aprobación de la conciliación extrajudicial celebrada ante la Procuraduría 103 Judicial I para asuntos Administrativos de esta ciudad, en la que intervinieron mediante apoderado como parte convocante la señora **RUTH ESTHER HERRERA QUINTERO** y como parte convocada la **E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO**

**2. ANTECEDENTES**

**PARTES:**

- **Convocante: RUTH ESTHER HERRERA QUINTERO**, mayor de edad, identificada con cedula de ciudadanía 1.102.819.080 quien actuó por intermedio de apoderada judicial Dra. JAIDITH MILENA PATERNINA SIERRA, Identificado con la cédula de ciudadanía N° 64.695.184 y T.P. No 151.212 del C.S. de la J<sup>1</sup>.
- **Convocado: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO.**, quien actuó por intermedio de apoderado judicial, Dra. RAFAELA DEL SOCORRO ARIAS CÓRDOBA, identificada con la cédula de ciudadanía N° 64.550.386 y T.P. No 66.805 del C.S. de la J<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Folio 27

<sup>2</sup> Folio 36

## LA PETICIÓN DE CONCILIACIÓN:

Que se declare la nulidad del acto administrativo sin número de fecha 26 de julio de 2016 expedido por el Gerente de la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo<sup>3</sup>.

Que en consecuencia se le pague a la convocante las prestaciones sociales cesantía, intereses de la cesantías, vacaciones, subsidio de transporte y bonificación por recreación, aportes a seguridad social, y el salario del mes de marzo de 2013, cinco días del mes de abril 2013 y demás emolumentos salariales más la indexación del monto que se le adeuda, por valor total **TRES MILLONES PESOS (\$3.000.000)**

**La audiencia de conciliación:** Tuvo lugar el día 09 de diciembre de 2016<sup>4</sup>, dentro de la cual presentada la propuesta de conciliación por parte de la entidad convocada, una vez se le da la palabra a la apoderada de la parte demandante, no acepta la misma, pues no se hizo reconocimiento alguno respecto el pago de salario del mes de marzo de 2013 y cinco días del mes de abril de ese mismo año, razón por la cual el agente del ministerio público, con base al artículo 2.2.4.3.1.1.10 del decreto 1069 de 2015 suspende la audiencia; para que se verifique la falta de pago de los salarios y para que se alleguen los soportes de pago de salud y pensión, razón por la cual fija nueva fecha para el día 13 de diciembre de 2016<sup>5</sup>, diligencia la cual se llevó acabo con presencia y participación del Señor Procurador 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de esta ciudad y los apoderados judiciales de las partes, dentro de la cual el apoderado del **HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO E.S.E** con base en el acta del comité conciliación de fecha 12 de diciembre de 2016<sup>6</sup>, presentó la siguiente propuesta

*"(...) como pago definitivo de las acreencias laborales que eventualmente se llegasen a deber: ante la oficina de pagaduría del Hospital Universitario de Sincelejo, la profesional universitario de esta área, Dra. debbys Domínguez Martínez, relaciona como única deuda por honorarios desde el 16 de marzo al 05 de abril de 2013 el valor de setecientos treinta y cinco mil trecientos cuarenta y nueve pesos (\$735.349) periodos del primero (1º) de Febrero de 2013 hasta el Cinco (05) de abril de 2013. 1.- CESANTÍAS \$224.814; 2.- INTERESES DE CESANTÍAS \$ 4.874; 3.- PRIMA DE VACACIONES \$ 109.976; 4.- PRIMA DE NAVIDAD \$ 221.606; 5.- SUBSIDIO DE ALIMENTACIÓN \$ 100.083; 6.- AUXILIO DE TRASPORTE: \$ 156.000; 7.-*

---

<sup>3</sup> Folio 19 a 20

<sup>4</sup> Folio 48 a 50

<sup>5</sup> Folio 59 a 62

<sup>6</sup> Folio 56 a 58

*APORTE PATRONAL EN SALUD \$ 202.583, 8.- APORTE PATRONAL EN PENSIÓN \$286.000.Total PRESTACIONES LABORALES UN MILLÓN TRECIENTOS CINCO MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS (1. 305.936)*

*(...) dentro de la misma aunque se realizó la liquidación referente a la pensión el valor por la suma de doscientos ochenta mil pesos 280.000 (sic), será consignado al fondo de seguridad social en pensión al cual se encuentre afiliado.*

*(...) el total a pagar a la convocante asciende a la suma de UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ( \$1.755.285), se acordó NO reconocer intereses indexación ,honorarios de abogado en lo concerniente a las bonificaciones solicitadas, se tiene que no es procedente conciliar tal aspiración, toda vez que esta no es una prestación de ley.*

*(...) así mismo el pago se hará efectivo de acuerdo a lo establecido en el artículo 192 de la ley 1437 de 2011*

**Posición de la parte convocante** la señora Ruth Esther Herrera Quintero a través de su apoderada aceptan la propuesta presentada por la E.S.E Hospital Universitario de Sincelejo.

**Posición Del Ministerio Público:** El Agente del Ministerio Público avaló el acuerdo conciliatorio cuanto a las pretensiones conciliadas, la Procuraduría consideró que contiene obligaciones clara, expresas y exigibles, en cuanto al tiempo, modo y lugar de su cumplimiento siendo que lo conciliado corresponde a cesantías, intereses de las cesantías, prima de navidad, prima de vacaciones, aportes patronales en salud y a honorarios adeudados, subsidio de transporte y alimentación cuya cuantía asciende *UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ( \$1.755.285)* su pago se hará conforme a lo señalado en el artículo 192 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual indica que cumple con los requisitos exigidos por la Ley 23 de 1991 y Ley 446 de 1998, no resultar lesivo para el patrimonio público, esta soportado probatoriamente, las partes están debidamente representadas y no ha operado el fenómeno del caducidad.

### 3. CONSIDERACIONES.

3.1. El juzgado tiene competencia para decidir si aprueba o no la conciliación extrajudicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Ley 640 de 2001 y lo dispuesto en los artículos 155-2, 156-3 y 157 de la Ley 1437 de 2011.

Le corresponde en consecuencia decidir si aprueba o no, la conciliación extrajudicial a la que llegaron las partes a fecha 13 diciembre de 2016 ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, respecto al reconocimiento y pago de prestaciones sociales y derechos laborales correspondientes al período laborado por la convocante comprendido entre el 1 de febrero de 2013 hasta el 05 de abril de 2013.

3.2. Problema Jurídico ¿Es procedente aprobar la conciliación parcial realizada extrajudicialmente por las partes el fecha 13 diciembre de 2016 ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo en atención a que se encuentran demostrados los tres elementos de la relación laboral y el acuerdo versa sobre puntos conciliables constitucional y jurisprudencialmente.?

**NO** es procedente aprobar la conciliación parcial realizada extrajudicialmente por las partes el fecha 13 diciembre de 2016 ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, a que la misma no se hizo referencia al fenómeno de la prescripción, además porque en el poder otorgado por la entidad Hospital Universitario de Sincelejo no señalo expresamente la facultad de conciliar a la profesional del derecho a quien le fue otorgado. Lo anterior, a pesar que el acuerdo versa sobre puntos conciliables constitucional y jurisprudencialmente.

#### **CONTRATO REALIDAD EN LOS CARGOS ASISTENCIALES DE LAS EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVICIO DE SALUD (AUXILIARES DE ENFERMERÍA)**

La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema General de Seguridad Social Integral, en su artículo 194 dispuso que los servicios de salud en todo el territorio nacional serían prestados en forma directa por la Nación o las entidades territoriales, a través de las Empresas Sociales del Estado, entendidas éstas como una categoría especial de entidades descentralizadas por servicios, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, de origen o creación legal.

En relación al régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, el carácter de las personas vinculadas a estas empresas y el régimen contractual, el artículo 195 de la Ley 100 de 1993 estipula que i) las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990, y ii) que en materia contractual se regirá por el derecho privado pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, previsión que debe concordarse con el literal a) del artículo 2 de la Ley 80 de 1993.

Sobre su régimen laboral, el artículo en mención advierte que aquél será el previsto en la Ley 10 de 1990, que en su artículo 26 establece que la planta de personal de las Empresas Sociales del Estado estará conformada por funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, según el caso, a lo cual agrega en su párrafo que “son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones”. De igual manera, la Ley 1122 de 2007 en su artículo 27, realizó modificaciones a las ESE, en cuanto a su constitución, y funcionamiento.

De manera, que cuando se trate de demostrar la relación laboral originada por la prestación de servicios en las empresas sociales del estado, el Consejo de Estado Sección Segunda Subsección A, en sentencia de 28 de junio de 2012<sup>7</sup>, Rad. 25000-23-25-000-2008-00438-01(1538-11). CP: ALFONSO VARGAS RINCÓN, precisó:

(...)

*“Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.*

*Por otra parte, se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de Órdenes de Prestación de Servicios, en tanto sus servicios se ajustan al contenido del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en donde se prescribe la posibilidad de celebrar estos contratos con personas naturales, cuando la actividad a contratar no puede ser realizada por el personal de planta de la Entidad respectiva o cuando para tal efecto, se requiere de conocimientos especializados.*

*Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera*

---

<sup>7</sup> Criterio reiterado en la sentencia C C-171-12

*formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.”*

Lo que concibe, que si bien el Estado autoriza a las Empresas Sociales del Estado para puedan aplicar a la Ley 80 de 1993 en su ejercicio, esto sólo posible cuando la actividad que se contrate no sea permanente y requiera conocimientos especializados.

Respecto a los elementos de prueba para demostrar la relación laboral, el Consejo de Estado Sección Segunda., en sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11), dispuso:

*Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.*

*Además de las exigencias legales citadas, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir que la labor sea inherente a la entidad y la equidad o similitud, que es el parámetro de comparación con los demás empleados de planta, requisitos necesarios establecidos por la jurisprudencia,<sup>8</sup> para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.*

## **EN CUANTO AL RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

Determinada la existencia de un vínculo laboral entre el demandante y la entidad accionada, es necesario el estudio de la consecuencia que ello tiene, respecto de las prestaciones laborales que reclama la demandante a título de indemnización.

---

<sup>8</sup> Citado en la Sentencia: “Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro.”

Sobre el reconocimiento de los derechos prestacionales derivados de la relación laboral, el H. Consejo de Estado-Sección Segunda, en sentencia del 17 de abril de 2008<sup>9</sup>, consideró que estos no son a título de indemnización, sino de verdaderas prestaciones sociales que inclusive afectan el sistema de seguridad social; dijo en dicha oportunidad: *“los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación. No es, por tanto, una decisión extra-petita, pues como quedó dicho, son derechos inherentes a la relación laboral.”*

De igual manera, la misma Corporación – Sección Segunda<sup>10</sup>, al estudiar un asunto similar reiteró su posición señalando que una vez se declara la situación irregular del contrato de prestación de servicios, es decir, el contratista desvirtúa su calidad, no se convierte automáticamente en empleado público, a falta de los presupuestos de ley (nombramiento y posesión), pero como reparación del daño tiene derecho al pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca le fueron reconocidas, ni pagadas, las que deben liquidarse con base en los emolumentos pactados en el contrato. Consideró, igualmente, respecto a los asuntos derivados de la seguridad social, que como reparación integral del daño por los perjuicios sufridos, una vez se acepta la verdadera existencia de una relación laboral, esta debe ser útil para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación y salud, aclarando que la reparación es solo por el monto que le correspondía trasladar al empleador, teniendo en cuenta que son prestaciones compartidas, es decir con aportes tanto del empleador como del trabajador, ordenando pagar dichos emolumentos al trabajador, quien finalmente tenía la obligación de efectuar dichos aportes como contratista o trabajador independiente, para lo cual cita los artículos 15 y 157 de la Ley 100 de 1993.

Con relación a la calidad de empleado público, el Consejo de Estado ha sido claro en resaltar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la misma Corporación<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA, Sentencia 17 de abril de 2008, Radicación número: 54001-23-31-000-2000-00020-01(2776-05) Actor: JOSE NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, Demandado: INSTITUTO FINANCIERO PARA EL DESARROLLO DE NORTE DE SANTANDER - IFINORTE

<sup>10</sup> Consejo de Estado- Sección Segunda, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia del 19 de febrero de 2009, expediente: 730012331000200003449-01 (3074-2005) Accionante: Ana Reinalda Triana Viuchi, vs. Instituto de Seguros Sociales

<sup>11</sup> Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda: *“Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público.”*

En ese mismo sentido, la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado en Sentencia 27 de noviembre de 2014, confirmó esa tesis y dispuso las siguientes condiciones:

*“Para que ello ocurra, se requiere, la existencia jurídica del cargo, las funciones ejercidas irregularmente, que el cargo se haya ejercido en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente, así como el acto de nombramiento y su correspondiente posesión, situación que en el presente caso no se cumple.*

*Ello implica que los derechos económicos laborales deban reconocerse, no a título de restablecimiento del derecho, sino a título de indemnización, en tal sentido ha dicho la Sala que una vez acreditados los elementos propios de la relación laboral, surge el derecho al reconocimiento y pago, como reparación del daño, de los mismos emolumentos que perciben los servidores públicos de la entidad en la cual prestaron los servicios bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios temporales.*

*Valga aclarar que en algunas ocasiones, la Sala ha acudido al valor pactado en el contrato como referente para calcular los derechos prestacionales, sin embargo, ello ha sido porque, a pesar de haberse desvirtuado el contrato de prestación de servicios, el empleo desempeñado por el contratista de servicios no existe en la entidad, siendo necesario acudir al valor pactado en el contrato. No obstante, en el presente caso, las funciones desarrolladas por el actor corresponden a las ejercidas por un médico general, cargo existente en la planta de personal de la entidad, razón por la cual, para los efectos de la indemnización, se tendrá como referente los mismos emolumentos que perciben estos servidores públicos de la entidad.*

*Ahora bien, en este punto con el fin de determinar cuáles son **las prestaciones sociales** que se deberán reconocer a título de indemnización al declararse una relación de carácter laboral, la Sala acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas.*

*En ese orden de ideas, se encuentran las que son asumidas por el empleador directamente y las que se prestan o se reconocen de forma dineraria por el Sistema de Seguridad Social Integral.*

*Dentro de las prestaciones sociales que están a cargo directamente del empleador se encuentran las ordinarias o comunes como son entre otras las primas, las cesantías; y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la*

*seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización.*

*Así que en caso de que exista un contrato de trabajo o se posea la calidad de servidor público la cotización debe realizarse por el empleador en el caso del sistema de riesgos profesionales y del sistema de subsidio familiar y en el caso de cotizaciones a los sistemas de pensión y salud deben realizarse por el empleador y el empleado en forma compartida según los porcentajes establecidos en la Ley para cada caso, por ejemplo, la cotización al sistema de pensiones es del 16% del ingreso laboral la cual debe realizarse en un 75% por el empleador y en un 25% por el empleado; la cotización al sistema de salud es el 12.5% de lo netamente devengado correspondiéndole al empleador el 8.5 % y al empleado 4%.*

*Teniendo claro lo anterior, se advierte que la Sección Segunda de esta Corporación ha sostenido que no existe problema para condenar y liquidar las prestaciones ordinarias, pero que no sucede lo mismo con las prestaciones que se encuentran a cargo de los sistemas de Seguridad Social en los siguientes términos:*

*“En lo relativo a las prestaciones sociales comunes u ordinarias, la Sala no advierte dificultad para su condena y liquidación, pues están establecidas en las normas especiales que rigen dicha situación y su pago está a cargo del empleador; sin embargo, tratándose de las prestaciones compartidas y aquellas que cumplen un fin social, la situación debe ser analizada con otros criterios dependiendo del sujeto activo que efectúa la cotización”.*

*Por lo expuesto es dable concluir que en el caso de las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, la indemnización no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.*

*En el presente caso, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, hay lugar al pago, a título de indemnización, de las diferencias por concepto de prestaciones sociales, entre lo recibido por el actor y lo que debió recibir en igualdad de condiciones que un empleado de la entidad que desempeñaba similar labor, por todo el tiempo de prestación de servicios (16 de febrero de 2007 a 30 de junio de 2010) y no solamente del 14 de agosto de 2009 al 30 de junio de 2010 como se ordenó en la sentencia apelada, razón por la cual se ordenará la modificación de la misma en lo pertinente al periodo que no fue reconocido. En cuanto a los aportes a las entidades de Seguridad Social, se ordenará el pago, en la debida proporción, de las sumas que por concepto de*

*aportes no fueron cotizados por la entidad demandada, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes con base en la fracción mensual del valor pactado por concepto de honorarios.”*

Así bien atendiendo la finalidad de la declaración del contrato realidad, no sobra analizar que el auxilio de transporte y la prima de alimentación, son sumas de dinero que a través de decretos salariales el Gobierno establece anualmente, para los empleados que devengan una asignación básica inferior a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes. Ellos son factores salariales para liquidar algunas prestaciones sociales (art.17 Decreto 1045/78). Su naturaleza por tanto es salarial, en ese sentido podría afirmarse la tesis de que deben excluirse del restablecimiento del derecho que se ordena a favor de quienes son contratados por OPS, ya que a ellos según la jurisprudencia solamente se le deben factores prestacionales, no salariales. A pesar de esto también puede afirmarse la tesis contraria con fundamento en los artículos 25 y 53 de la C.P. y el principio de la reparación integral. Por esta situación, puede ser objeto de reconocimiento por parte de la administración, por ende de conciliación.

Conforme a los aspectos previos, es necesario indicar que se tiene establecido y reafirmado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, que antes de proceder a aprobar o improbar una conciliación extrajudicial, el juez de conocimiento deberá verificar I) que no haya operado el fenómeno procesal de la caducidad: II) que el acuerdo conciliatorio verse sobre acciones o derechos económicos disponibles por las partes. III) que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público IV) que las partes estén debidamente representadas y que estos representantes tengan capacidad para conciliar.

#### **CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS EN EL CASO CONCRETO:**

#### **QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO VERSE SOBRE ACCIONES O DERECHOS ECONÓMICOS DISPONIBLES POR LAS PARTES.**

El acuerdo conciliatorio versa sobre sumas de dinero reclamadas por la señora RUTH ESTHER HERRERA QUINTERO a la E.S.E., HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO a título indemniza con reparatoria equivalentes a *UN MILLÓN SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS ( \$1.755.285)* valor de las prestaciones sociales y demás derechos laborales devengados, como consecuencia de la relación laboral que emerge del vínculo que existió entre las partes, entre el 01 de febrero de 2013 a 05 de abril de 2013 por haberse desempeñado como auxiliar de enfermería

## **QUE NO HAYA OPERADO EL FENÓMENO PROCESAL DE LA PRESCRIPCIÓN:**

Las prestaciones sociales que se reclama, corresponden a derechos laborales que surgen con ocasión de la aplicación del principio Constitucional de la Primacía de la Realidad establecido en el artículo 53 de la Constitución Política y que se reconocen a título de indemnización reparatoria por parte de la entidad que se beneficia con el servicio personal y subordinado del trabajador. En tal sentido el H. Consejo de Estado<sup>12</sup>, señaló:

“Así las cosas, se itera, que el fenómeno jurídico de la prescripción encuentra sustento en el principio de la seguridad jurídica <sup>(17)</sup>, en la medida en que busca impedir la perpetuidad de las reclamaciones referentes a reconocimientos de índole laboral, que pudieron quedar pendientes entre los extremos de la relación de trabajo al momento de su finalización, pues contrario sensu resultaría desproporcionada la situación en la que se permitiera que el trabajador exigiera de su empleador (o ex empleador) la cancelación de emolumentos que con el transcurrir de los años implicarían un desmedro excesivo del patrimonio de este (en atención a las indemnizaciones o intereses moratorios que se podrían causar) y le impediría la conservación de los elementos probatorios tendientes a desvirtuar lo demandado.

Para efectos de dar aplicación a la prescripción trienal de que tratan los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, según los cuales el término prescriptivo ha de contabilizarse a partir del momento en que el derecho se hace exigible, resulta pertinente estudiar en las controversias conocidas bajo el rótulo de contrato realidad desde cuándo ha de entenderse que el derecho es exigible.

En lo concerniente al término prescriptivo, advierte la Sala que no cabe duda acerca de su fundamento normativo, es decir, los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, que regulan el régimen prestacional de los empleados públicos, según los cuales aquel lapso es de tres (3) años, que se interrumpe por una sola vez con el reclamo escrito del trabajador, en razón a que lo que se reclama en este tipo de asuntos (contrato realidad) es el reconocimiento de las prestaciones a que se tendría derecho si la administración no hubiese utilizado la figura del contrato de prestación de servicios para esconder en la práctica una verdadera relación laboral.

Respecto de la oportunidad a partir de la cual debe contabilizarse el aludido interregno, es del caso interpretar los artículos 41 del Decreto 3135 de 1968 y 102 del Decreto 1848 de 1969, en armonía con el mandato contenido en el artículo 12 (num. 2º) del convenio 95 de la OIT, de acuerdo con el cual los ajustes finales de los salarios debidos tienen lugar desde

---

<sup>12</sup> A partir de la Sentencia del 25 de agosto de 2016, expediente radicado N° 23001-23-33-000-2013-00260-01 (008815)-CE-SUJ2-005-16, C.P. Carmelo Perdomo Cueter.

la terminación del nexo contractual con el empleador, por cuanto es desde ese momento en que se podrá demostrar que durante la ejecución del contrato de prestación de servicios se dieron los elementos constitutivos de una relación laboral con el Estado (prestación personal del servicio, remuneración y subordinación) y, en consecuencia, reclamar el pago de las prestaciones a las que tendría derecho de comprobarse ese vínculo, todo lo anterior en virtud de los principios de favorabilidad <sup>(23)</sup>, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales<sup>(24)</sup> y progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos sociales <sup>(25)</sup>, así como los derechos constitucionales al trabajo en condiciones dignas <sup>(26)</sup> e irrenunciabilidad a la seguridad social <sup>(27)</sup>.

Por lo tanto, si quien pretende el reconocimiento de la relación laboral con el Estado, se excede de los tres años, contados a partir de la terminación de su vínculo contractual, para reclamar los derechos en aplicación del principio de la "...primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales" (art. 53 constitucional), se extingue el derecho a solicitar las prestaciones que se deriven de aquella, pues dicha situación se traduciría en su desinterés, que no puede soportar el Estado, en su condición de empleador."

Se advierte que en el presente asunto la señora Ruth Esther Herrera Quintero, laboro al servicio del Hospital Universitario de Sincelejo desde el 1º de febrero de 2013 hasta el 31 de agosto de 2013, y la solicitud de conciliación la presento el 4 de noviembre de 2016, y de acuerdo a la posición jurisprudencial del Consejo de Estado la prescripción opera respecto a la declaratoria de la relación laboral, pues se debe reclamar dentro de los 3 años establecidos por el artículo 41 del Decreto 3135 de 1968", y en el caso concreto, la actora estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios hasta el 31 de agosto de 2013 y la petición la formuló el 1 de julio de 2016, "...razón por la cual se configura la prescripción del derecho respecto de la existencia de la relación laboral y en consecuencia, al pago de las prestaciones sociales.

**QUE EL ACUERDO CONCILIATORIO CUENTE CON LAS PRUEBAS NECESARIAS, NO SEA VIOLATORIO DE LA LEY O NO RESULTE LESIVO PARA EL PATRIMONIO PÚBLICO.**

Para ello, dentro de los plenarios fue aportado el material probatorio suficiente para establecer que entre las partes existió una relación laboral derivada de los contratos de prestación de servicios suscritos por ellas, entre el 01 de febrero de 2013 hasta el 05 de abril de 2013, para lo cual se encuentran:

- Contratos de prestación de servicios de 01 de febrero de 2013 hasta el 05 de abril de 2013<sup>13</sup>.
- Copia de las ordenanzas por el cual se creo el Hospital Universitario de Sincelejo<sup>14</sup>
- Copia del acta de nombramiento y posesión del gerente<sup>15</sup>
- Copia del cuadro de turnos<sup>16</sup>
- Copia de la respuesta del derecho de petición, de fecha 26 de julio de 2016<sup>17</sup>
- Copia de derecho de petición radicado a fecha 01 de julio de 2016<sup>18</sup>
- Copia de derecho de petición radicado a fecha 29 de julio de 2016<sup>19</sup>
- Copia de la respuesta del derecho de petición, de fecha 19 de agosto de 2016<sup>20</sup>
- Acta de notificación personal de oficio de fecha 19 de agosto de 2016<sup>21</sup>
- Constancia suscrita por el subgerente de servicios asistenciales del H.U.S. respecto al tiempo de vinculación de la señora Ruth Esther Herrera Quintero como auxiliar de enfermería<sup>22</sup>

De esta manera se logra concluir que existe material probatorio suficiente para poder determinar entre las partes se suscribió una relación de carácter contractual pero que al momento de su ejecución se materializo en un verdadero contrato de trabajo pues la señora Ruth Esther Herrera Quintero en calidad de auxiliar de enfermería estaba subordinada, prestaba su servicios de manera personal y recibía una retribución cambio, cumpliendo con los requisitos consagrados en el artículo 53 de la C.P,

**QUE LAS PARTES ESTÉN DEBIDAMENTE REPRESENTADAS Y QUE ESTOS REPRESENTANTES TENGAN CAPACIDAD PARA CONCILIAR.**

Se ha lo primero determinar que si bien a folio 27 se aporta el poder debidamente otorgado a la apoderada de la parte demandante, con expresas facultades para conciliar no así sucede lo mismo respecto a la apoderada de la entidad demandada ello así se evidencia pues si bien es cierto el memorial de poder que reposa en el expediente a folio 36 fue otorgado por el gerente del Hospital Universitario de Sincelejo, lo cierto es que revisado dicho documento y el plenario no se evidencia que a la Dra. RAFAELA DEL SOCORRO ARIAS CÓRDOBA se la haya concedido en dicho mandato de manera expresa al posibilidad de conciliar, condición indispensable para poder dar por probado el requisito que es objeto de análisis.

---

<sup>13</sup> Folio 5 a 8

<sup>14</sup> Folio 9 a 10

<sup>15</sup> Folio 11

<sup>16</sup> Folio 12 a 14

<sup>17</sup> Folio 19 a 20

<sup>18</sup> Folio 16 a 18

<sup>19</sup> Folio 21

<sup>20</sup> Folio 22

<sup>21</sup> Folio 13

<sup>22</sup> Folio 15

Al respecto ha indicado el Código General del Proceso

**Artículo 77. Facultades del apoderado.**

*Salvo estipulación en contrario, el poder para litigar se entiende conferido para solicitar medidas cautelares extraprocesales, pruebas extraprocesales y demás actos preparatorios del proceso, adelantar todo el trámite de este, solicitar medidas cautelares, interponer recursos ordinarios, de casación y de anulación y realizar las actuaciones posteriores que sean consecuencia de la sentencia y se cumplan en el mismo expediente, y cobrar ejecutivamente las condenas impuestas en aquella.*

*El apoderado podrá formular todas las pretensiones que estime conveniente para beneficio del poderdante.*

*El poder para actuar en un proceso habilita al apoderado para recibir la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, prestar juramento estimatorio y confesar espontáneamente. Cualquier restricción sobre tales facultades se tendrá por no escrita. El poder también habilita al apoderado para reconvenir y representar al poderdante en todo lo relacionado con la reconvenición y la intervención de otras partes o de terceros.*

**El apoderado no podrá realizar actos reservados por la ley a la parte misma; tampoco recibir, allanarse, ni disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya autorizado de manera expresa.**  
(Negrillas y subrayados nuestros)

*Cuando se confiera poder a una persona jurídica para que designe o reemplace apoderados judiciales, aquella indicará las facultades que tendrá el apoderado sin exceder las otorgadas por el poderdante a la persona jurídica.*

Asimismo enseña el consejo de estado<sup>23</sup>

*“En tanto se encuentra en un proceso contencioso-, el legislador ha diferenciado la regulación de la conciliación administrativa de la conciliación en las demás ramas del derecho, interviniendo con más minucia en su ejercicio, en aras de establecer garantías en el ejercicio de la negociación, tanto en pro de la administración como de la contraparte, transportándolas a un plano de igualdad procesal. Así, se traen a colación algunas figuras que garantizan el libre desarrollo de la autonomía de la voluntad:*

---

<sup>23</sup> CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN CConsejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014)Radicación: 07001233100020080009001(37.747)

**En principio, el artículo 5 del Decreto 1716 de 2009, mediante el cual se regula la conciliación extrajudicial en asuntos de lo contencioso administrativo, consagra:**

**Artículo 5°. Derecho de postulación. Los interesados, trátese de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar.** (Subrayas fuera de texto)

*A diferencia de la conciliación extrajudicial en otras ramas del derecho como la civil, laboral o de familia, para adelantar una conciliación administrativa es requisito indispensable que ambas partes se encuentren debidamente representadas en el trámite de la misma. Ahora, como es apenas lógico, en la conciliación judicial se presenta la misma situación, pues actuar por intermedio de apoderado es requisito indispensable desde que comienza el proceso contencioso.”*

En este orden de ideas vista de lo estipulado en el artículo 77 del Código General del Proceso y la jurisprudencia arriba anotada, si bien es cierto, que a la Dra Rafaela del socorro Arias Córdoba se le concedió poder para que representara judicialmente al Hospital Universitario de Sincelejo en la audiencia de conciliación extrajudicial que se llevó a cabo a fecha 13 de diciembre de 2016 ante la procuraduría 103 judicial I de esta ciudad, no se determina por parte del Gerente de la ESE Hospital universitario de Sincelejo Dr JORGE ALBERTO DUCUARA PARALES **de manera clara, concreta y precisa las facultades otorgadas a la apoderada**, expresamente la de conciliar. Actos de conciliación para que puedan ser realizados por el apoderado deben estar autorizados expresamente por la parte a quien representa, en este caso debió establecerse plenamente que se le otorgaba poder, para conciliar, situación que no se dio.

Se observa que en la audiencia del 13 de diciembre de 2016 en la cual se llega al acuerdo conciliatorio entre las partes, quien suscribe de manera expresa la propuesta presentada por el Hospital Universitario de Sincelejo a la señora Ruth Esther Herrera Quintero es la Dra Rafaela del socorro Arias Córdoba y no su representante legal, por lo que de conformidad con el artículo 77 del Código General del Proceso, el apoderado no podrá realizar actos reservados a la parte que representa, y no podrá disponer del derecho en litigio, salvo que el poderdante lo haya facultado expresamente, en este caso en la audiencia de conciliación, no se facultó de manera expresa a la

poderdante para conciliar.

Es así que no hace esto posible presumir tal facultad por parte del despacho, pues la norma es muy clara en determinar que si al apoderado no se le ha autorizado en forma expresa para ejecutar ciertos actos reservados al poderdante, no los podrá realiza y en este caso el apoderado de la entidad convocada no se encontraba expresamente facultada para conciliar en el trámite de la Audiencia de Conciliación Prejudicial.

De acuerdo a lo anterior, no se cumple el supuesto al que está sometido el acuerdo conciliatorio, como es que **las partes estén debidamente representadas y que dichos representantes tengan capacidad para conciliar**, puesto que, como ya se ha manifestado en reiteradas oportunidades, cuando se otorga un poder deben estar plenamente identificadas las facultades de conciliar que se otorgan, ya que no hay lugar para suposiciones por ser una situación que no se puede presumir.

#### **CONCLUSION.**

De acuerdo al material probatorio aportado, en el presente caso se advierte que opero el fenómeno de la prescripción, pues como se menciona el Consejo de Estado fijó un precedente jurisprudencial en materia de contratos de prestación de servicios en el que precisó que la solicitud de declaración de la existencia de la relación laboral debe hacerse dentro de los 3 años siguientes al rompimiento del vínculo contractual, so pena de que prescriba el derecho a que se haga tal declaración.

Así mismo, que a la apoderada del Hospital universitario de Sincelejo no le fue otorgada de manera expresa la facultad para conciliar, tal cual lo dicen las normas y la jurisprudencia nacional, por lo que no les es dable a esta unidad judicial presumir o entrar a suponer dicha facultad que no fue expresamente otorgada.

Así las cosas, el acuerdo contenido en el acta de fecha 13 de diciembre de 2016, proveniente de la Procuraduría 103 Judicial I Para Asuntos Administrativos de Sincelejo, no cumple con la totalidad de los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia del Consejo de Estado, razón por la cual el Despacho improbara la conciliación

**DECISION**

En mérito de lo expuesto, el **Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo-Sucre**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

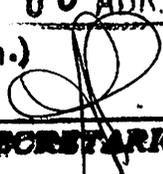
**RESUELVE**

1º-. **IMPROBAR** el acuerdo conciliatorio suscrito entre la señora RUTH ESTHER HERRERA QUINTERO y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO ESE, a través de apoderado judicial, realizado el día 13 de diciembre de 2016 ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, conforme fue expuesto en la parte motiva de esta providencia

2º-: Ejecutoriada esta providencia archivase el expediente, dejándose las constancias del caso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
GLORIA LUCÍA VILLALBA MEDRANO  
Juez

**JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO  
CIRCUITO DE SINCELEJO-SUCRE**  
Por anotación en E: TADC No. 036 notifico a las partes  
la providencia anterior, hoy 06 ABR. 2017  
las ocho de la mañana (8 a. m.)  
  
**SECRETARIO (4)**