



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015)

Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Expediente N° 70001-33-33-002-2013-00240-00

Demandante: DIANA GUTIERREZ CONEO C.C. N° 23.178.312

Demandado: HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO ESE

Tema: Contrato realidad – Auxiliar de Enfermería

I. ANTECEDENTES.

La Sra. DIANA GUTIERREZ CONEO identificada con C.C. N° 23.178.312, a través de apoderado judicial en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, demanda al *HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO ESE*, previo agotamiento de requisito de procedibilidad y demás para que, con audiencia y citación del representante legal de la entidad demandada y también del señor Agente del Ministerio Público, se hagan por este Despacho las siguientes declaraciones y condenas, **en primera instancia, las cuales se resumen conforme al Art. 187 de la Ley 1437 de 2011:**

i. Breve descripción de la Demanda

PRETENSIONES¹	HECHOS: Para dichas pretensiones, se basa en los hechos en síntesis expuestos así: ²
<p>NULIDAD: Del Oficio N° 618 de fecha 28 de junio de 2013, a través del cual el Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E. negó a la demandante el reconocimiento y pago de un (1) mes de salario, las prestaciones sociales y demás conceptos laborales correspondiente los períodos comprendidos del mes de mayo de 2004 al mes de enero de 2011 y del 3 de octubre de 2011 hasta mayo de 2012.</p> <p>RESTABLECIMIENTO: Se ordene a la entidad demandada a que reconozca y pague el equivalente al salario correspondiente al mes de mayo de 2012, las prestaciones sociales tales como prima de servicios, prima de navidad, compensación en</p>	<p>Que la actora fue vinculada Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E., para prestar los servicios de Auxiliar de Enfermería.</p> <p>Que durante el período comprendido entre el mes de mayo de 2004 al mes de enero de 2011 fue vinculada por intermedio de Cooperativas y del 3 de octubre de 2011 hasta mayo de 2012 a través de contratos de prestación de servicios.</p> <p>Que la prestación del servicio fue de manera subordinada, personal y el último salario devengado fue por \$1.100.000.</p> <p>Que en desarrollo de la relación laboral cumplió cabalmente con sus funciones,</p>

¹ Fls. 1-2

² Fls. 2-3

<p>dinero de las vacaciones, auxilio de transporte, bonificación por servicios prestados, auxilio de alimentación, bonificación especial de recreación, auxilio de cesantías, intereses de cesantías, aportes a pensión y salud.</p> <p>EFFECTOS DEL FALLO: Que las sumas a cancelar sean indexadas conforme a la fórmula establecida a los Arts. 187 y se de aplicación a lo establecido en el art. 188 y 192 de la Ley 1437 del 2011.</p>	<p>instrucciones y los horarios fijados por el Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E., todos los días de lunes a viernes de 8:00 A.M. a 12:00 M y de 2:00 P.M. a 6:00 P.M.</p> <p>Que no le han cancelado el salario correspondiente al mes de mayo de 2012 como tampoco las prestaciones sociales y demás conceptos en los períodos mencionados.</p> <p>Que presentó derecho de petición el 14 de junio de 2013 solicitando al Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E., el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, lo cual fue negado mediante Oficio No.618 de fecha 28 de junio de 2013.</p>
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

FUNDAMENTOS DE DERECHO y CONCEPTO DE VIOLACIÓN³

Constitucionales: Artículos 1, 2, 4, 13, 25, 28, 48, 53, 58, 122, 123 y 124 de la Constitución Política de Colombia.

Legales: Artículos 58, 59 y 60 del Decreto 1919 de 2002, artículo 83 del Decreto 1042 de 1978, artículo 7 del Decreto 1950 de 1993, Decreto 1848 de 1969 y artículos 3 y 5 del Decreto 3130 de 1968, artículos 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

Jurisprudenciales: Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera de fecha 1° de noviembre de 1994, expediente 7960, Sentencia de fecha 25 de noviembre de 1995, Sección Segunda, Sentencia de 1° de marzo de 2012, Sección Segunda C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Sentencia de 19 de noviembre de 2012, C.P. Enrique Gil Botero.

Sentencia de la H. Corte Constitucional: Sentencia C-555 de 1994 y C-401 de 1998.

Concepto de Violación: Manifiesta el apoderado de la parte actora, que el acto administrativo acusado se encuentra falsamente motivado, en la medida que afirmó que lo pretendido por la actora no es procedente toda vez que no hubo una relación laboral con el Hospital, apartándose de la verdad como puede corroborarse con los hechos de la demanda.

Argumenta, que se llenan todos los requisitos que la jurisprudencia exige para la configuración de la relación laboral, como son la actividad personal, la continuada subordinación y un salario como retribución

Finalmente, precisa que el acto acusado menoscaba el principio mínimo constitucional de la igualdad en materia laboral, desconociéndose la actividad personal y subordinada realizada por la actora, de igual manera, el principio de prevalencia de la realidad sobre las formas.

ii. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el día 21 de octubre de 2013⁴, siendo admitida el 27 de noviembre

³ Fls. 3-7.

186

de 2013⁵, la constancia de consignación de los gastos del proceso fue presentada el día 2 de diciembre de 2013⁶, fue notificada al demandado el 19 de diciembre de 2013⁷. Seguidamente, se dio traslado por el término de 25 desde el día 19 de diciembre de 2013 al 14 de febrero de 2014⁸. Posteriormente, se dio traslado de 30 días a partir del 17 de febrero de 2014 al 31 de marzo de 2014⁹, el apoderado de la parte actora el 21 de febrero de 2014 presentó reforma de la demanda¹⁰, la entidad demandada contestó el medio de control dentro del término¹¹, a través de auto adiado el 13 de junio de 2014 fue admitida la reforma de la demanda¹², fue notificada el 18 de junio de 2014¹³, se corrió traslado de las excepciones del 5 a 8 de agosto de 2014¹⁴, el 19 de agosto de 2014 se fijó fecha para celebrar la audiencia inicial¹⁵, siendo el día y la hora acordada fue llevada a cabo la audiencia inicial, en la cual se surtió el saneamiento del proceso, se decidió la excepción previa de prescripción, se hizo la fijación del litigio, se planteó el posible problema jurídico a resolver, se efectuó la etapa de conciliación, la cual fue declarada fallida por no asistir ánimo conciliatorio entre las partes, se decretaron las pruebas solicitadas quedando pendiente fijar fecha para la audiencia de pruebas¹⁶. Mediante providencia de fecha 19 de enero de 2015 se fijó fecha para audiencia de pruebas¹⁷, notificada el 16 de febrero de 2015¹⁸, a través de auto adiado el 17 de abril de 2015 se reprogramó la fecha de la audiencia de pruebas para el 12 de junio de 2015¹⁹, la cual se llevó a cabo en la fecha y hora acordada en la cual se escuchó los alegatos ordenados y se dispuso la presentación por escrito de los alegatos.

iii. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DE LAS PARTES

La accionada se pronunció en los siguientes términos:

<i>Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E.</i> ²⁰	<i>MINISTERIO PÚBLICO</i>
La entidad demandada contestó la demanda, manifestando que no existió en ningún momento contrato de carácter laboral, no se constituyó la subordinación ya que fue a través de un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión reglamentado por la Ley 80 de 1993, por el período comprendido entre el 3 de octubre de 2011 hasta el mes de mayo de 2012.	No emitió concepto.
Niega que entre el mes de mayo de 2004 al mes de enero de 2011 existió relación laboral,	

⁴ Fl. 12
⁵ Fl.46
⁶ Fl. 50-51
⁷ Fl. 52-53
⁸ Fl. 54
⁹ Fl.61
¹⁰ Fl.62
¹¹ Fl.63-69
¹² Fl.87
¹³ Fl.88-94
¹⁴ Fl.96
¹⁵ Fl.98-100.
¹⁶ Fl.123-130
¹⁷ Fl.132-134
¹⁸ Fl.136-145
¹⁹ Fl.146
²⁰ Fls. 63-69

C

aduciendo que no existe en la institución documento que lo demuestre, reiterando que las copias que obran en el proceso certifican que estuvo vinculada a las cooperativas como lo indican los anexos 18,19 y 20 de la demanda.

Refirió que es parcialmente cierto que por la prestación del servicio recibía la suma de \$1.100.000 como salario, explicando que si los recibía pero a título de honorario.

No le consta, que la actora haya cumplido las funciones, instrucciones y horarios de trabajo establecidas por el Hospital.

Por último, admitió que la actora presentó derecho de petición y la entidad contestó negando lo solicitado.

Se opuso a todas las pretensiones y presentó las excepciones de inexistencia de la demanda, falta en la causa para demandar, cobro de lo no debido y prescripción del derecho reclamado.

ALEGATOS DE CONCLUSION²¹

Los extremos procesales no presentaron alegatos de conclusión, de igual manera, el Ministerio Público guardo silencio.

II. PARTE CONSIDERATIVA

ii.i MENCIÓN Y ANALISIS PROBATORIO AL CASO VENTILADO.

CASO PARTICULAR TEÓRICO

El caso que hoy es motivo de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, es la declaratoria del reconocimiento de la relación laboral -Art. 53 CP- y prestaciones sociales a título de indemnización reparatoria – ya que según lo expuesto por la parte demandante y lo que se evidencia en los contratos aportados, la demandante prestó sus servicios como Auxiliar de Enfermería en el Hospital Universitario de Sincelejo ESE y por ello solicita se le cancelen las prestaciones sociales a la que tiene derecho.

Para ello, se allegaron al plenario,

LAS SIGUIENTES PRUEBAS, de legal forma y constitucionalizadas bajo el principio de la tutela efectiva de los derechos en litigio, por los argumentos expuestos en el Decreto de Pruebas:

- Oficio No.618 de fecha 28 de junio de 2013, a través del cual el Gerente del Hospital

²¹ Fl.167.

187

Universitario de Sincelejo negó a la actora el reconocimiento de la relación laboral petitionada docente²².

- Copia del derecho de petición presentado por el apoderado de la parte actora ante el Hospital Universitario de Sincelejo de fecha **14 de junio de 2013**, solicitando el reconocimiento y pago de un mes de salario correspondiente al mes de mayo de 2012 y las prestaciones sociales por el tiempo de servicio prestado como Auxiliar de Enfermería desde el 1° de mayo de 2004 a 31 de enero de 2011 y desde el 3 de octubre de 2011 a mayo de 2012²³.
- Constancia laboral de fecha 4 de marzo de 2011 suscrita por la Representante Legal de la Cooperativa de Trabajo Asociado Especializada en Servicios Asistenciales COOTRASOPAL, acreditando que la actora ejecutó labores de Auxiliar de Enfermería desde el 1° de mayo de 2007 hasta el 31 de enero de 2011, para el tercero Hospital Universitario de Sincelejo²⁴.
- Constancia laboral de fecha 4 de mayo de 2007 suscrita por la Representante Legal de la Cooperativa multiactiva de servicios integrados AUXICOOP, acreditando que la actora prestó sus servicios al Hospital Regional de II Nivel de Sincelejo desde el 1° de junio de 2006 hasta el 30 de abril de 2007²⁵.
- Constancia laboral de fecha 8 de mayo de 2007 suscrita por la Gerente de la Cooperativa de servicios integrales en salud INSACOOOP, haciendo constar que la actora prestó sus servicios de Auxiliar de Enfermería a través de la Cooperativa para Hospital Regional de II Nivel de Sincelejo desde el 1° de enero de 2006 hasta el 31 de mayo de 2006²⁶.
- Copia de la orden de prestación de servicios suscrita con el Hospital Universitario de Sincelejo suscrita el 3 de octubre de 2011, por el término de ejecución de un mes a partir del perfeccionamiento de la misma²⁷.
- Copia de la orden de prestación de servicios suscrita con el Hospital Universitario de Sincelejo el 2 de enero de 2012, por un término de ejecución de 30 días a partir del perfeccionamiento de la misma, hasta el 31 de enero de 2012²⁸.
- Copia de la orden de prestación de servicios suscrita con el Hospital Universitario de Sincelejo el 1° de febrero de 2012, por un término de ejecución de 4 meses contados a partir del perfeccionamiento de la misma²⁹.
- Certificado de fecha 23 de julio de 2013, suscrito por la Líder de Talento Humano del Hospital Universitario de Sincelejo en el que hace constar la asignación básica mensual, las prestaciones sociales y demás emolumentos devengados por los Auxiliares del área de la Salud (Auxiliares de Enfermería) durante la vigencia comprendida del 2002 hasta 2013³⁰.

²² Fl. 14.

²³ Fl. 15-16

²⁴ Fls. 18

²⁵ Fls. 19

²⁶ Fls. 20

²⁷ Fls. 21-22

²⁸ Fls. 23-24

²⁹ Fl. 25-26

³⁰ Fls. 27

✓

- Certificado suscrito por la pagadora del Hospital Universitario de Sincelejo de fecha 10 de marzo de 2013, en el que hizo constar que a nombre de la actora se encuentran cuantas legalizadas y canceladas correspondiente a los meses de octubre de 2011, enero de 2012, marzo de 2012 y abril de 2012³¹.
- El testimonio recibido.

CONCLUSIÓN DE LO PROBADO: Es coherente y unívoco el acervo para afirmarse que, da por probado:

Que se agotó la actuación administrativa establecida como requisito de procedibilidad conforme a la Ley 1437 del 2011 con el derecho petición de fecha 14 de junio de 2013.

Que el demandante, agotó el requisito de procedibilidad respecto a la petición acusada.

Por otra parte, la Señora DIANA GUTIERREZ CONEO, prestó los servicios de Auxiliar de Enfermería en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, contratada a través de cooperativas, como se encuentra acreditado con las certificaciones adjuntas al proceso, en los siguientes períodos:

Cooperativa	Inicio	Finalizo período
INSACOOOP	01/01/2006	31/05/2006 ³²
AUXICOOP	01/06/2006	30/04/2007 ³³
COOTRASOPAL	01/05/2007	31/01/2011 ³⁴

Con lo cual se encuentra demostrado, que durante los períodos relacionados, la actora prestó los servicios de Auxiliar de Enfermería en el Hospital Universitario de Sincelejo de manera indirecta a través de **Cooperativas de Trabajo**, lo que representa una responsabilidad solidaria, dando lugar a que tanto las cooperativas como el HUS asumen como empleadores, aunque no se haya vinculado al proceso a la cooperativa.

Empero, la parte actora no probó que haya prestado sus servicios como Auxiliar de Enfermería con anterioridad al 1º de enero de 2006, por cuanto en el plenario no se ubican órdenes de prestación de servicios, ni certificado emitido por la entidad o las Cooperativas en tal sentido en consecuencia no se accederá a las pretensiones en lo que atañe a este punto por no haber asumido la demandante la carga de la prueba conforme lo establece el artículo 167 del C.G.P.

Siendo procedente en relación al asunto, traer a colación lo referido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A” en la sentencia de 4 de marzo de 2010, Rad. 1413-08, CP. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN:

“Si bien la actora reclama el reconocimiento de la relación laboral encubierta desde el 16 de mayo de 1997 de 1997, lo cierto es que no aportó los contratos u órdenes que respaldaran su dicho y probaran con certeza la prestación de sus servicios desde tal fecha y durante los meses de junio y julio del 2000, de manera que en ausencia de la

³¹ Fl.80

³² Fl.20

³³ Fl.19

³⁴ F.18

188

prueba eficaz al respecto dichos períodos deberán desecharse por cuanto no puede presumirse la suscripción de los mismos, ni el tiempo de prestación del servicio, ni las condiciones bajo las que se pacto, lo que impide desde todo punto de vista desvirtuar la relación contractual suscrita por tales períodos. (Negrilla fuera de texto).

Ahora, aún cuando obra certificación expedida por el Jefe de la División Administrativa de CAPRESOCA E.P.S. en donde consta que la demandante se desempeñó como Médica General de la Entidad desde la fecha enunciada (16 de mayo de 1997 de 1997), tal documento es demasiado general y no sufre en el sub examine la calidad de probatorio de los referidos contratos a la hora de desvirtuar su contenido para desentrañar la relación laboral oculta, que es en últimas el objeto primordial de la acción subjetiva de nulidad propuesta, de manera que en estos casos y dentro de esta acción se prueba contra los contratos, es decir, que estos no sólo acreditan la prestación efectiva de los servicios durante el lapso que señalan sino que constituyen punto de partida para que con el restante material probatorio se desvirtúe su contenido, lo que sin duda alguna impone para la parte actora la carga probatoria de apartarlos y en ausencia de ello, obliga al Juez a desechar los períodos que no se encuentren respaldados por la fundamental prueba que permite el análisis jurídico que conduce a la prosperidad de las pretensiones entratándose el asunto de la demostración de un contrato realidad."

Así las cosas, no siendo, los testimonios allegados, prueba que supla los documentos soportes con los cuales se probaría la verdadera suscripción de las ordenes de prestación de servicios y el de justificar que el objeto desempeñado por la actora en ejecución de los mismos guardara relación directa con la naturaleza de la entidad, conforme lo preceptúa el art. 225 del C.G.P., no se accederá al reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales a la actora por no haberse logrado desvirtuar la realidad sobre las formalidades del contrato.

De igual manera, conforme a las órdenes de prestación de servicios aportadas por los extremos procesales, se tiene que efectivamente prestó los servicios de Auxiliar de Enfermería en la ESE HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, en los siguientes intervalos:

MODALIDAD	PERÍODO	REMUNERACIÓN
OPS	03/10/2011 A 03/11/2011 ³⁵	\$1.100.000
OPS	03/01/2012 A 31/01/2012 ³⁶	\$1.100.000
OPS	01/02/2012 A 30/05/2012 ³⁷	\$1.100.000

Resultando notorio, que hubo una **prestación personal del servicio** como Auxiliar de Enfermería dentro de los períodos arriba referidos y recibió una **remuneración** por el ejercicio de su labor, tal como se señaló en cada uno de los contratos suscritos.

Conforme a la constancia de las cuentas legalizadas y canceladas a la actora de fecha 10 de marzo de 2013, no se evidencia el pago del mes de mayo de 2012, correspondiendo la carga de la prueba en este sentido a la entidad demandada³⁸, por lo que deberá efectuarle el pago del pretendido mes.

³⁵ Fl.21-22

³⁶ Fl.23-24

³⁷ Fl.25-26

³⁸ Artículo 167 del C.G.P.

Al respecto, resulta apropiado traer a la colación lo sentado por el Consejo de Estado en sentencia del 23 de junio de 2010, Radicado N° 76001-23-24-000-1996-02897-01/18468:

(...)

“En ese orden de ideas, el concepto de carga de la prueba se convierte en (i) una regla de conducta para el juez, en virtud de la cual se encontrará en condiciones de proferir fallo de fondo incluso cuando falte en el encuadramiento la prueba del hecho que sirve de presupuesto a la norma jurídica que debe aplicar y, al mismo tiempo, (ii) en un principio de autorresponsabilidad para las partes, derivado de la actividad probatoria que despliegan en el proceso, pues si bien disponen de libertad para aportar, o no, la prueba de los hechos que las benefician y/o la contraprueba de aquellos que, habiendo siendo acreditados por el adversario en la litis, pueden perjudicarlas, las consecuencias desfavorables derivadas de su eventual inactividad probatoria corren por su cuenta y riesgo.”

En cuanto a la contrapresión recibida en cada período por la actora y como quiera que dentro de la planta de personal de la entidad existe el cargo de Auxiliar de Enfermería, se determina con la certificación salarial visible a folio 27, que su remuneración estuvo por debajo de los salarios recibidos por las Auxiliares de plantas, lo que daría lugar a que la liquidación de las prestaciones sociales se hicieran conforme a la asignación básica de las Auxiliares de planta y no por el valor pactado en cada contrato.

No obstante, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha dejado por sentado que el reconocimiento de las prestaciones sociales cuando se haya desvirtuado la relación contractual, deben liquidarse conforme al valor pactado en cada orden de prestación de servicio suscrita en cada período, razón por la cual se negará lo pretendido en este sentido.

Los documentos anteriormente descritos, demuestran que se dieron dos de los elementos propios de la relación de trabajo, como son la prestación personal de servicio y la remuneración.

En punto a la subordinación o dependencia, en audiencia de pruebas fue acopiado el testimonio de la señora TEDIS MUNIVE OROZCO quien manifestó: *“PREGUNTA. Conoce usted a la parte demandante. CONTESTA. Sí la conocí en el HUS. PREGUNTA. En qué fecha. CONTESTA. En la fecha en que ingreso en octubre de 2011. PREGUNTA. Y usted en qué fecha estuvo vinculada al HUS. CONTESTA. Yo ingrese en 1999 al 2013. PREGUNTA. Tiene alguna relación con la parte demandada, conoce el motivo de su presencia en esta diligencia. CONTESTA. Sí soy testigo de DLANA GUTIERREZ. Sí yo fui empleada de ahí. frente a los hechos de la demanda refirió: “La señora DLANA GUTIERREZ la conocí trabajando en el Hospital Universitario de Sincelajo, cumplía horario y recibía órdenes como como Auxiliar de Enfermería, la vi trabajando en diferentes partes en medicina interna, tenía una coordinadora que le sacaba el horario de trabajo y las instrucciones se las daba la Enfermera Jefe PREGUNTA. Usted en que funciones laboraba en el Hospital Universitario de Sincelajo. CONTESTA. En servicios generales PREGUNTA. Cómo era su horario. CONTESTA. Yo iba en la mañana, tarde y noche PREGUNTA. Quien era la Jefe de Enfermeras en el año 2011 CONTESTA. La Jefe era Beatriz Paternina. PREGUNTA. Cómo sabe la fecha de ingreso de la señora Diana Coneo. CONTESTA. Porqué yo también entre por cooperativa y primero iniciamos entrando en la misma cooperativa pero después se separaron. PREGUNTA. En ese término a quien conoció. CONTESTA. Yo conocí a Cruz Luna que era la representante legal. PREGUNTA. Con quien se encontraba usted cuando se hacían esos pagos. CONTESTA. A Diana Gutiérrez a Marcos Sánchez. PREGUNTA. Quienes eran ellos. CONTESTA. Marcos era Auxiliar de Farmacia. CONTESTA. Quienes eran las Coordinadoras de las que usted nos habla. CONTESTA. Beatriz Paternina y Beatriz Luna. PREGUNTA. Usted que veía en esas rondas médicas que nos habla. CONTESTA. Ellas recibían órdenes por ejemplo cuando tenían que llevar algún paciente. PREGUNTA. En qué horario. CONTESTA. En las mañanas porque a nosotros como aseo trabajamos sobre todo los domingos que ingresaba a las 7 de la mañana y terminaba hasta la 1*

de la tarde. PREGUNTA. *Alguna vez usted vio un algún llamado de atención.* CONTESTA. *Nunca observe que le llamaran la atención.” Ver DVD*

En relación a las preguntas que le formuló el apoderado de la parte demandante: “PREGUNTA. *Manifieste al Despacho que clase de vinculación tuvieron Beatriz Cortes y Beatriz Paternina en el Hospital Universitario.* CONTESTA. *Ellas eran de planta.* PREGUNTA. *Qué clase de elementos usaba la Señora Diana para cumplir sus funciones.* CONTESTA. *Utilizaba batas, tapabocas, guantes.* PREGUNTA. *Quien le suministraba esos elementos.* CONTESTA. *El HUS.* PREGUNTA. *Tiene usted conocimiento si en el HUS hay personas que desempeñan el cargo de Auxiliar de Enfermería.* CONTESTA. *Si hay.” Ver DVD*

En relación al interrogatorio de la apoderada de la parte demandada: “PREGUNTA. *En qué fecha ingreso usted al HUS.* CONTESTA. *En el año 1999.* PREGUNTA. *Cuál era el objeto de su contrato con el HUS.* CONTESTA. *Como aseadora pero no existía un contrato.* PREGUNTA. *En qué lugares cumplía usted sus servicios.* CONTESTA. *En todos los lugares, en todas las áreas.* PREGUNTA. *Dice usted que cumplía sus funciones, entonces digamos como pudo observar el horario en el cual la demandante asistía.* CONTESTA. *Por que manejamos un horario parecido, incluso a veces yo entraba primero que las Auxiliares de Enfermería. Usted alguna vez tuvo acceso al manual de funciones de los cargos. Usted a asistido como testigo en otros procesos que han presentado en esta jurisdicción de personas que han sido vinculadas por OPS en el HUS.* CONTESTA. *Sí.* PREGUNTA. *En cuantos.* CONTESTO. *Ahora mismo no sé, en varios.* PREGUNTA. *Usted fue testigo directo del horario y funciones de todas estas personas.* CONTESTA. *Sí porque yo vi, no quiere decir que este directamente con la persona.” Ver DVD*

El testimonio recibido fue consecuente con los supuestos facticos de la demanda al establecer que la función realizada por la actora hizo parte del objeto misional de la empresa, de manera continua y permanente al igual que la ejercida por los empleados de planta y fue contratada ante la insuficiencia de personal.

Sin lugar a dudas, existió una relación de **subordinación** entre la demandante y la entidad demandada, toda vez que aquella debía cumplir con las exigencias de un horario, debía solicitar permisos para ausentarse, cumplía turnos y las ordenes de los superiores.

La labor de la demandante, consistió en prestar sus servicios como Auxiliar de Enfermería, cumpliendo con las mismas obligaciones impuestas a los servidores vinculados por una relación legal y reglamentaria, lo que permite indicar que el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO ESE, pretendió ocultar una verdadera relación laboral, a través de las órdenes de prestación de servicios.

En consecuencia, atendiendo el material probatorio recaudado, se confirma, que el vínculo contractual que ligó a la demandante con el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO ESE, trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral, en la que estuvieron presentes los tres elementos esenciales, tal como lo determina el H. Consejo de Estado³⁹.

Reiterándose una vez más, que la entidad pública demanda con base el art 110 de la ley 1437 del 2011 y la sentencia C 634 del 2011 le es imperativo aplicar los precedente de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado al momento de resolver las actuaciones administrativas. Es decir, que en estos casos se le está autorizando por el legislador a declarar la existencia del contrato realidad y proceder a reconocer las prestaciones sociales por haberse desvirtuado las OPS. Como bien lo indica el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la labor de las Auxiliares de

³⁹ Sección Segunda, Subsección A, sentencia de 28 de junio de 2012. C.P. Alfonso Vargas Rincón. Rad.25000-23-25-000-2008-00438-01 (1538-11).

Enfermería es una labor misional de la entidad y por lo mismo se desprende el objeto social. De esta manera se encuentra para el caso particular que la parte demandante prestó sus servicios al requerido dentro de los períodos pretendidos.

Visto lo anterior, el

ii.i. PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL: Se procede a resolver los problemas jurídicos, establecido en la etapa de fijación de litigio, dentro de la audiencia.

¿Será nulo el acto administrativo demandado si se llegase a establecer que existió una subordinación en el quehacer del demandante contratado por el demandado sea en uso de una Cooperativa o una orden de prestación de servicios firmada directamente con esta?

¿Es requisito para el pago de los honorarios pactados en el caso que atañe, que la parte demandante presente los pagos de seguridad social?

¿Le asiste razón al Hospital Universitario de Sincelejo ESE, al afirmar que esta entidad no debe responder por el lapsus de tiempo comprendido entre mayo de 2004 al mes de enero de 2011, mediante los cuales la demandante estuvo vinculada por intermedio de cooperativas de trabajo?

Sosteniéndose al efecto, las siguientes **TESIS**,

PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
<p>Que la actora fue vinculada Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E., para prestar los servicios de Auxiliar de Enfermería.</p> <p>Que durante el período comprendido entre el mes de mayo de 2004 al mes de enero de 2011 fue vinculada por intermedio de Cooperativas y del 3 de octubre de 2011 hasta mayo de 2012 a través de contratos de prestación de servicios.</p> <p>Que la prestación del servicio fue de manera subordinada, personal y el último salario devengado fue por \$1.100.000.</p> <p>Que en desarrollo de la relación laboral cumplió cabalmente con sus funciones, instrucciones y los horarios fijados por el Hospital Universitario de Sincelejo E.S.E., todos los días de lunes a viernes de 8:00 A.M. a 12:00 M y de 2:00 P.M. a 6:00 P.M.</p> <p>Que no le han cancelado el salario correspondiente al mes de mayo de 2012 como tampoco las prestaciones sociales y demás conceptos en los períodos mencionados.</p>	<p>Que a la demandante no le asiste el derecho para solicitar el reconocimiento y pago de prestaciones sociales por cuanto no se configuró una relación laboral sino un contrato de prestación.</p> <p>Que no existió en ningún momento contrato de carácter laboral, no se constituyó la subordinación ya que fue a través de un contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión reglamentado por la Ley 80 de 1993, por el período comprendido entre el 3 de octubre de 2011 hasta el mes de mayo de 2012.</p> <p>Niega que entre el mes de mayo de 2004 al mes de enero de 2011 existió relación laboral, aduciendo que no existe en la institución documento que lo demuestre, reiterando que las copias que obran en el proceso certifican que estuvo vinculada a las cooperativas como lo indican los anexos 18,19 y 20 de la demanda.</p> <p>Refirió que es parcialmente cierto que por la prestación del servicio recibía la suma de \$1.100.000 como salario, explicando que si los recibía pero a título de honorario.</p> <p>No le consta, que la actora haya cumplido las</p>

190

	funciones, instrucciones y horarios de trabajo establecidas por el Hospital.
LA UNIDAD JUDICIAL , sostendrá	
<p>Sí, es nulo el acto administrativo demandado al llegarse a establecer que existió una subordinación en el quehacer del demandante contratado por el demandado en uso de una Cooperativa o una orden de prestación de servicios firmada directamente con esta.</p> <p>Sí, es requisito para el pago de los honorarios pactados en el caso que atañe, que la parte demandante presente los pagos de seguridad social.</p> <p>No, le asiste razón al Hospital Universitario de Sincelejo ESE, al afirmar que esta entidad no debe responder por el lapsus tiempo comprendido entre mayo de 2004 al mes de enero de 2011, mediante los cuales la demandante estuvo vinculada por intermedio de cooperativas de trabajo.</p>	

Argumentándose centralmente,

Que teniendo en cuenta lo dispuesto en el Art. 10 de la Ley 1437 de 2011 y lo establecido en la sentencia C- 634 del 2011 donde se establece la fuerza de los precedentes jurisprudenciales indicándose que frente a cualquier decisión que se vaya a efectuar, debe vigilarse los pronunciamientos del H. Consejo de Estado, cuando se trate de conflictos ya unificados, respetándose también las preferencias que tienen las sentencias de la H. Corte Constitucional, en sus decisiones de exequibilidad y enexequibilidad cuando se debatan aspectos constitucionales, concluyendo que las autoridades administrativas no pueden apartarse de estos precedentes, en razón de ello si puede una entidad pública entrar a reconocer un contrato realidad.

De otra parte, para el presente caso, en relación a los cargos asistenciales como lo es el de Auxiliar de Enfermería, el Consejo de Estado ha realizado un análisis discriminado sobre cómo debe analizar la comprobación de los elementos estructurales de la relación laboral, exponiendo, que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación, siendo 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.⁴⁰

Asimismo, se advierte 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 ajusten 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, nos dice que tratándose de personal como los auxiliares de enfermería, la parte interesada en que se declare

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón. Radicación: 190012331000200201469 01 (1468-2010).

la existencia de una relación laboral debe revestir el proceso de pruebas documentales y testimoniales que permitan llegar a la convicción de que realmente no se trataba de un contrato de prestación de servicios, por cuanto del empleo mismo, se deduce falta de libertad para llevar a cabo las funciones, es decir, que cumple sus tareas bajo subordinación.⁴¹

Aunado a lo anterior y en protección de los principios mínimos fundamentales que rigen el derecho al trabajo y a la igualdad, contenidos en el artículo 53 de la Constitución, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional de manera unánime han reiterado en su jurisprudencia, la responsabilidad solidaria que surge entre las cooperativas de trabajo y las entidades prestadoras de los servicios de salud, lo que representa, que una vez el Juez de conocimiento encuentre probada la configuración de la relación laboral, sin importar la vinculación de una u otra al proceso, imponga las consecuencias jurídicas pertinente para restablecer el derecho, precisamente, para evitar que las entidades simulen el vínculo laboral que subyace con el contratista.

Motivo por el cual, las Auxiliares de Enfermería vinculadas indirectamente con las cooperativas de trabajo asociado, para prestar sus servicios en las entidades públicas, tienen derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales a título de indemnización reparatoria, siempre que desvirtúen la forma contractual a través del ejercicio dinámico de la prueba, tal como lo ha indicado la sentencia unificadora del H. Consejo de Estado⁴². Situación que al caso particular es aplicable, por lo probado por la parte demandante⁴³.

En este orden de ideas, se concluye que la Sra. DIANA GUTIERREZ CONEO, es acreedora a las decisiones constitutivas de su derecho, declarándose el contrato realidad sobre los períodos siguientes:

MODALIDAD	PERÍODO
COOPERATIVA	01/01/2006 A 31/05/2006
COOPERATIVA	01/06/2006 A 30/04/2007
COOPERATIVA	01/05/2007 A 31/01/2011
OPS	03/10/2011 A 03/11/2011
OPS	02/01/2012 A 31/01/2012
OPS	01/02/2012 A 30/05/2012

ii.ii. Utilizando como sub-argumentos,

MARCO NORMATIVO/JURISPRUDENCIAL

EL CONTRATO REALIDAD Y LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES

El artículo 32 de la Ley 80 de 1993, definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios, así:

30. Contrato de Prestación de Servicios.

Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² Sentencia de 23 de febrero de 2011, expedida por el Consejo de Estado Sección Segunda – Subsección B. Rad. 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09). C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

⁴³ Ver acápite de la conclusión de lo probado.

podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: "salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada", lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial, a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Subrayas nuestras)

La Honorable Corte Constitucional, en la citada sentencia, se refirió a este principio, manifestando:

El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

En la sentencia, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, resaltando los elementos esenciales de cada uno de ellos y sin los cuales deviene en uno diferente, como se lee en el siguiente aparte:

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la

L

realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

Por su parte el Consejo de Estado en su Sección Segunda⁴⁴, habla sobre el tema del principio de la primacía de la realidad en un contrato de prestación de servicios:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado⁴⁵

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Con respecto a los elementos de prueba para demostrar la relación laboral, se manifestó en la misma sentencia por parte del Consejo de Estado:

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,⁴⁶ 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.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)

⁴⁵ Cita del texto: "Ibidem", se refiere a la siguiente cita: "Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara"

⁴⁶ 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."

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 Corporación⁴⁷

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

⁴⁷ 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.”

✓

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.”

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 la actividad contratada guarde relación con el objeto misional de la entidad prestadora de servicios en salud, el elemento de la subordinación se encuentra ínsito, en lo relacionado el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de mayo de 2011, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, sentó el siguiente precedente:

“Se ha afirmado jurisprudencialmente que en el caso de quienes prestan servicios de salud, es válida la suscripción de Ordenes 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.”⁴⁸

Así, atendiendo a los conocimientos especializados 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 de los mismos, se habilita dicha modalidad para la contratación del personal médico, excluyéndose de plano en tales casos la posibilidad de un trabajo subordinado y por ende la existencia de derechos laborales originados en los servicios prestados, conclusión que constituyó en últimas el fundamento jurídico de la providencia denegatoria proferida por el a quo.”⁴⁹

Al respecto, dirá la Sala que si bien en muchos casos resulta legítima la figura del contrato estatal para satisfacer las diferentes necesidades del servicio público de salud, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos -entrándose de personas naturales-, no excluye por sí sola la posibilidad del empleo público, y mucho menos la configuración en ciertos casos de una verdadera relación laboral con el Estado, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3º del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud,⁵⁰ y los artículos 21 y 27 del Decreto

⁴⁸ Ley 80 de 1993. Artículo 32: (Apartes subrayados, condicionalmente Exequibles)

(...)Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

⁴⁹ Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02. Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

⁵⁰ Decreto 1335 de 1990. Artículo 3o. DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MINIMOS. Establecense para los diferentes empleos contemplados en los planes de cargos de los diferentes organismos del Subsector Oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, las siguientes denominaciones de cargos, naturaleza de las funciones, funciones y requisitos mínimos: (...)
MEDICO ESPECIALISTA - 321520

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO.

Ejecución de labores especializadas en actividades de promoción, protección y rehabilitación de la salud del paciente, en una institución del primero, segundo o tercer nivel de atención.

2. FUNCIONES.

- Practicar exámenes de medicina especializada, formular diagnóstico y prescribir el tratamiento que debe seguirse.

- Realizar intervenciones quirúrgicas y procedimientos médicos de su especialidad o participar en ellas y controlar los pacientes bajo su cuidado.

- Atender urgencias de su especialización. (...)

3. REQUISITOS.

3.1 Estudios. Título de formación universitaria en medicina y post-grado en una de sus especialidades.

3.2 Experiencia. Un (1) año de experiencia relacionada.

1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.⁵¹

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios médicos, no puede utilizarse la preceptiva arriba señalada como argumento in limine para descartar la posible existencia de una relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, pues descartadas la autonomía e independencia características del mismo, desvirtuada su temporalidad -es decir, demostrada la permanencia y continuidad del servicio- y probados los elementos de una relación laboral en los términos inicialmente esbozados, se habilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

Ahora, debe precisar la Sala además, que la autonomía e independencia que ostenta el personal médico para aplicar sus conocimientos científicos específicamente a cada caso, no descarta la existencia de una relación de subordinación y dependencia, en tanto dicho elemento puede configurarse en otros aspectos de índole administrativo, como el cumplimiento de horario, la recepción de ordenes en los diversos aspectos que componen la prestación del servicio, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados de planta etc., lo que a su vez supone que tratándose de un verdadero contrato de prestación de servicios, la autonomía e independencia deba abarcar aun los aspectos anteriormente referidos.”

De lo que se concibe, que la labor de las Auxiliares de Enfermería está relacionada con el objeto social de la entidad prestadora de los servicios de salud lo que en consecuencia determina una marcada subordinación y necesidad continua de sus servicios en la entidad, hecho que sin lugar a dudas desvirtúa la relación contractual.

LA PRESCRIPCIÓN EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Ahora bien, el Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo en Sentencia de Unificación de criterio⁵², y reiterada la posición por las subsecciones, al fijar el alcance de la prescripción de los derechos laborales tratándose del principio de la realidad sobre las formalidades señaló:

“En situaciones como la presente en las cuales no hay fecha a partir de la cual se pueda predicar la exigibilidad del derecho, no es procedente sancionar al beneficiario con la prescripción o extinción del derecho que reclama; en efecto, en estos asuntos en los cuales se reclaman derechos laborales no obstante mediar un contrato de prestación de servicios, no hay un referente para afirmar la exigibilidad de salarios o prestaciones distintos al valor pactado en el contrato.

Es a partir de la decisión judicial que desestima los elementos de la esencia del contrato de prestación de servicios que se hace exigible la reclamación de derechos laborales tanto salariales como prestacionales, porque conforme a la doctrina esta es de las denominadas sentencias constitutivas, ya que el derecho surge a partir de ella, y por ende la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.

⁵¹ Decreto 1569 de 1998. Artículo 15. DE LA CLASIFICACION DE LOS EMPLEOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. De acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar.

Artículo 21. DE LA NOMENCLATURA Y CLASIFICACION DE EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:

Código Denominación del empleo (...)

310 Médico General

301 Médico Especialista (...)

Artículo 27. DE LOS REQUISITOS DE LOS EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. Para el desempeño de los empleos correspondientes al nivel profesional de que trata el artículo 21 del presente decreto se deberán acreditar los siguientes requisitos por cargo, así: (...)

Código Denominación

301 Médico Especialista

Título universitario en Medicina y postgrado en una de las especialidades de la medicina.

⁵² Sentencia de 19 de febrero de 2009, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 2005-3074, actora Ana Reinalda Triana Viuchi.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria. (...)

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operarla en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae a reconocimiento de una situación anterior no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia, tesis que la Sala en esta oportunidad acoge en su integridad."

(...) "No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral."⁵³

"Así las cosas, a partir de la sentencia que constituye el derecho en cabeza del contratista, es que queda autorizado para reclamar ante las autoridades administrativas las prestaciones sociales reconocidas a título de indemnización, porque antes de la anulación, el contrato de prestación de servicios gozaba de la presunción de legalidad y el derecho a obtener el pago de las prestaciones sociales materialmente no existía. En otros términos, para los contratistas existía un obstáculo de orden legal que no permitía exigir el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales; por ende, se puede afirmar que el derecho a devengarlas sólo surge con certeza, a partir de la expedición de la sentencia. Con lo anterior, la prescripción trienal no será aplicable en los procesos en los que se demuestre la existencia de la primacía de la realidad sobre la forma".

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial, se extrae, que es a partir de la ejecutoria de esta sentencia, que se puede aplicar los efectos del Dcto. 1848 de 4 de noviembre de 1969, reglamentario del Dcto. 3135 de 26 de diciembre de 1968, por lo que no se puede reconocer, ninguna situación diferente a las prestaciones sociales a las que tiene derecho, pues es a partir de la presente sentencia que se deben cancelar, al ser constitutiva de derecho.

EN SÍNTESIS:

Para el Despacho resulta evidente que existió una relación laboral entre la señora DIANA GUTIERREZ CONEO y el HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO ESE, conforme al material probatorio aportado, las certificaciones aportadas y el precedente jurisprudencial reiterado por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en casos similares al estudiado, por lo que se accederá a las pretensiones de la demanda, declarando la nulidad del acto administrativo y se condenará al demandado a reconocer y pagar a la demandante a título de indemnización los valores adeudados por concepto de las prestaciones sociales y pagar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista, teniendo en cuenta el valor establecido en las órdenes de prestación de servicios en los siguientes períodos:

MODALIDAD	PERÍODO
COOPERATIVA	01/01/2006 A 31/05/2006
COOPERATIVA	01/06/2006 A 30/04/2007

⁵³ H. Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

COOPERATIVA	01/05/2007 A 31/01/2011
OPS	03/10/2011 A 03/11/2011
OPS	02/01/2012 A 31/01/2012
OPS	01/02/2012 A 30/05/2012

Lo anterior se predica, teniendo en cuenta que la configuración del llamado *contrato realidad* no implica la declaratoria de existencia de una relación laboral legal y reglamentaria de la que se pueda inferir la calidad de servidor público y las prerrogativas que tal calidad arrastran, pues tal calidad solo se alcanza con la posesión en el cargo, luego de cumplir con los requisitos constitucionales y legales exigidos para ello.

De igual manera, se le reconozca y pague el salario del mes de mayo de 2012, conforme al valor establecido en la orden de prestación de servicios.

Con relación a las provisiones al Sistema General de Seguridad Social, en el plenario no se encontró evidencia del pago por parte de la demandante. Por lo que la entidad demandada debe primeramente revisar si le han sido canceladas partes que no le corresponde debe ella acreditarlo ante el ente territorial para que le sean devueltos los dineros pertinentes, de lo contrario el HOSPITAL UNIVERSITARIO ESE lo que hará es consignar lo que a él le correspondió en su momento realizar, no solamente a salud, pensión y parafiscales, sino también el subsidio familiar, A.R.P., y a las demás a la que haya lugar de acuerdo al Sistema General de Seguridad Social⁵⁴.

EFFECTOS DEL FALLO

Todas las sumas de dinero que resulta adeudar la entidad demandada a favor de la parte actora, se reconocerán indexadas aplicándose los ajustes al valor contemplados en el inciso final del Art. 187 de la Ley 1437 de 2011.

COSTAS

Teniendo en cuenta lo establecido en el Art. 365 y 366 del C.G.P, se condenará en costas a la parte demandada, dado que resultó vencida en este proceso. Se tasan para el pago en un 18%, de acuerdo al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, teniendo en cuenta la conducta desplegada, esto es, de la efectividad del actuar una vez otorgado el poder.

IV. PARTE RESOLUTIVA.

Por lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo Oral de Sincelejo - Sucre, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: DECLARESE prosperas las pretensiones solicitadas, conforme se motivó, referente a la declaratoria de nulidad del acto administrativo Oficio No.618 de 28 de junio de 2013, declaratoria de la relación laboral, pago de salarios adeudados, pago de prestaciones sociales conforme al valor establecido en la orden de prestación de servicios y lo referente al pago de seguridad social de conformidad a los honorarios pactados.

⁵⁴ Sentencia del H. Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección B – del 18 de Noviembre de 2010 – C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, el cual determina lo referente a los beneficios de la Seguridad Social y como se debe deducir en el caso de las Órdenes de Prestación de Servicios – Docente – y reiterada el precedente de la unificadora.

195

SEGUNDO: CONDENASE al **HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO ESE** a reconocer y pagar a favor de la señora **DIANA GUTIERREZ CONEO**, los siguientes períodos:

- ✓ 01/01/2006 A 31/05/2006
- ✓ 01/06/2006 A 30/04/2007
- ✓ 01/05/2007 A 31/01/2011
- ✓ 03/10/2011 A 03/11/2011
- ✓ 02/01/2012 A 31/01/2012
- ✓ 01/02/2012 A 30/05/2012

En lo referente a la Seguridad Social, para ello deberá cancelar lo pertinente a ella (Salud, Pensión, A.R.P., parafiscales y a los que haya lugar) y si la actora demuestra que ya había cancelado la cuota parte que le correspondía a la entidad demandada, estos últimos tendrán que devolverle su dinero, conforme se motivó.

TERCERO: CONDENASE al **HOSPITAL LOCAL NIVEL I NUESTRA SEÑORA DEL SOCORRO DE SINCÉ** le sean canceladas a la señora **DIANA GUTIERREZ CONEO**, las suma debida del mes de mayo de 2012.

CUARTO: El valor adeudado hasta la fecha de ejecutoria de esta providencia, será ajustado en los términos del inciso final del Art. 187 de la Ley 1437 de 2011, dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

Donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la suma adeudada a la demandante, por el guarismo que resulte de dividir el índice final del IPC certificado por el DANE vigente a la fecha de ejecutoria de esta providencia, por el IPC vigente en la fecha en que debió efectuarse el pago de cada mensualidad, y así sucesivamente.

QUINTO: Dichas sumas devengarán intereses moratorios del inciso tercero Art. 192 de la Ley 1437 de 2011. Téngase en cuenta que de encontrarse en ejecución de acuerdo de reestructuración de pasivos-Ley 550/1999, deberán observarse los lineamientos dados en el Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público No 02378-29-06-12⁵⁵

SEXTO: Pago en costas en esta instancia en un 18%, conforme se expresó en la parte motiva de esté proveído.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, si la misma no fuere apelada, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones del caso en los libros radicadores y el envío de las comunicaciones a que haya lugar.

OCTAVO: Se aclara por parte de éste Despacho que el procedimiento notificadorio se rige por el Art. 203 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE,



LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS
Jueza

⁵⁵<http://www.minhacienda.gov.co/portal/page/portal/HomeMinhacienda/asistenciaentidadesterritoriales/AsesoriasConceptos/2013-2012/023578-12.doc>

CONVENIO DE COLABORACION PARA LA ATENCION DE LA SALUD

CONVENIO DE COLABORACION PARA LA ATENCION DE LA SALUD

El presente convenio se celebra entre el Sr. [Nombre] y el Sr. [Nombre]

con el fin de prestar servicios de salud a los beneficiarios de la obra social.

El Sr. [Nombre] se compromete a proporcionar los servicios de salud mencionados en el presente convenio.

El Sr. [Nombre] se compromete a pagar la cuota de colaboración mensual de \$ [Monto].

Este convenio tiene una vigencia de [Duración] meses, a contar desde la fecha de su suscripción.

EN FE DE LO CUAL, FIRMAMOS EL PRESENTE CONVENIO EN LA CIUDAD DE [Ciudad] A LOS [Día] DE [Mes] DE [Año].

Yo, Sr. [Nombre], en calidad de [Cargo], suscribo el presente convenio.

Yo, Sr. [Nombre], en calidad de [Cargo], suscribo el presente convenio.

Este convenio es suscrito en [Lugar] a los [Día] de [Mes] de [Año].

Yo, Sr. [Nombre], en calidad de [Cargo], suscribo el presente convenio.

Yo, Sr. [Nombre], en calidad de [Cargo], suscribo el presente convenio.