



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho

Expediente N° 70001-33-33-002-2013-00284-00

Actor: *Cenia Manjarrez Ricardo con C.C. N° 64.892.461*

Demandado: *E.S.E. Centro de Salud de Ovejas*

Como aspecto previo frente al asunto, es de aclarar que debido a que se hizo necesario el estudio donde se estaba dando trámite a los incidentes de tutela que se encuentran en el Despacho, las populares, los cuales, son de carácter constitucional, por lo que tienen prelación sobre los demás procesos ordinarios. De igual manera, es de manifestar que en el presente asunto se debió establecer la línea jurisprudencial¹ al caso en particular, con el fin de poder llegar al fondo de la litis, motivo por el cual la decisión se dicta a la fecha, al ser necesaria la aplicación de la línea reciente de nuestra máxima Corporación de Decisión, de la Corte Constitucional y de nuestro Tribunal Administrativo. Así como, la celebración de audiencias iniciales y de fallos en procesos de igual prelación legal con casos testigos, dando la fecha de hoy ante el plenario 2013-00049 que aplica el mismo precedente que permite la presente emisión.

Delante de este proceso existían otros anteriores, que merecen estudiarse y decidirse en derecho, como en este caso ocurre. Es así que se reitera, que fue posible para la fecha resolver lo que atañe.

Tema: *Contrato Realidad- Eventos de Presunción - Carga de la Prueba.*

I. ANTECEDENTES.

La Sra. **Cenia Manjarrez Ricardo** con C.C. N° 64.892.461, quien actúa a través de su apoderado judicial, en ejercicio del Medio de Control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho demanda a la **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS**, con el ánimo en audiencia y citación del representante legal de la entidad demandada y también del señor Agente del Ministerio Público, se hagan las siguientes declaraciones y condenas, **en primera instancia:**

i. Breve descripción de la demanda- resaltando los hechos para poder definir la solución de la retórica del caso.

PRETENSIONES²	HECHOS³
---------------------------------	---------------------------

¹ Consejo de Estado Sala de Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero Ponente: **Hernán Andrade Rincón** Bogotá, D. C., siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012), Sentencia de 26 de octubre de 1.993, expediente 7793, Sentencia de 1º de octubre de 1993; expediente 6657, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A Consejero ponente: **Carlos Alberto Zambrano Barrera**, sentencia de 27 de junio de 2012 radicación 85001-23-31-000-1999-00204-01, reiterada en sentencia de treinta (30) de enero de dos mil trece (2013) radicación número: 85001-23-31-000-2001-00056-01(25324) por el mismo Magistrado y sentencias recientes del Tribunal Administrativo de Sucre en casos análogos de la Sala Primera de Decisión Oral en Sentencia No. 086 y 087 de diecisiete (17) de octubre de dos mil trece (2013) M.P. **Luis Carlos Alzate Ríos** y del sistema escritural del Tribunal Administrativo de Sucre, sentencias No 14 y 15 de 14 de junio de dos mil doce (2012) M.P. **Moisés Rodríguez Pérez**.

² Folios 1 - 3.

NULIDAD: Del oficio sin número del 27 de mayo de 2013, proferido por el Representante Legal del Demandado y en el cual, se niega el reconocimiento y pago de las sumas de dinero correspondientes a las prestaciones sociales solicitadas por la Sra. Cenia Manjarrez Ricardo.

SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN REPARATORIA: Que la E.S.E., cancele a este título prestaciones sociales y lo referente al sistema integral de seguridad social, a la Sra. CENLA, los que nunca se han reconocido a pesar de prestar su servicio como **AUXILIAR DE ENFERMERÍA** en los períodos:

1. 03/01/1998 a 30/06/2004

2. 02/02/2009 a 31/03/2009

3. 01/04/2009 a 30/06/2009

4. 01/07/2009 a 31/08/2009

5. 03/11/2009 a 30/11/2009

6. 29/01/2010 a 30/06/2010

7. 01/02/2011 a 28/02/2011

8. 01/03/2011 a 31/03/2011

9. 01/04/2011 a 30/04/2011

10. 02/05/2011 a 31/05/2011

11. 01/06/2011 a 31/10/2011

12. 01/11/2011 a 30/11/2011

Además, se le cancele lo referente a la **RETENCIÓN EN LA FUENTE** que se le ha hecho a la parte actora, así como los demás impuestos que se le han generado, el **INTERÉS MORATORIOS E INDEMNIZACIÓN DE LA LEY 244 DE 1995 Y LA SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES.**

EFFECTOS DEL FALLO: Imposición de costas al accionado, aplicación de los artículos 192, 197, 297 y s.s. Ley 1437 de 2011.

1. La Sra. **CENLA MANJARREZ**, mediante OPS u órdenes de prestación de servicio fue contratada para prestar el servicio de **AUXILIAR DE ENFERMERA en el CENTRO DE SALUD DE OVEJAS**, según los períodos pretendidos.
2. Durante este lapso de tiempo, se desnaturalizó la relación contractual, en una **laboral**, porque:
 - 2.1. **Cumple horario y los reglamentos internos** de la Entidad, para prestar el servicio, según lo señalado por sus superiores y jefes.
 - 2.2. **Realiza funciones y actividades** como cualquier empleado legal y reglamentariamente vinculado a la Entidad. Entre ello, atender consulta externa o urgencias, realizar los procedimientos de Enfermería descritos en los protocolos y manuales, responder por el inventario que se le entregue durante su turno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO⁴

La parte demandante cita los Arts. 13, 25 y 53 de la Constitución Política, Arts. 138 y 137 de la Ley 1437 de 2011, Decreto 1919 de 2002, ley 100 de 1993, Ley 244 de 1995, Ley 50 de 1990, D-L 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, Decreto 1313 de 1968, Ley 52 de 1975, Decreto 116 de 1976, Decreto 2277 de 1979, Ley 115 de 1994.

CONCEPTO DE VIOLACIÓN⁵

- FALSA MOTIVACIÓN:

Pues afirma, que al decirse por la E.S.E, que no se constituye una relación laboral, al no generarse de propio, de las OPS tal situación. Además, el acreditar su vinculación al régimen de seguridad social, que es un requisito para la contratación, no dan lugar a evitar que en la realidad suceda lo contrario, es decir, que se cause en la actividad prestada una **subordinación de la Sra. Cenia a la E.S.E.** Como lo indica, el Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia primero de julio de dos mil nueve MP Dr

³ Folios 3 - 5.

⁴ Folio 6.

⁵ Folio 6 - 9.

Gerardo Arenas Monsalve, basándose en el Decreto 1950 de 1973 que prevé que no se pueden contratar funciones permanentes de la Entidad, en cuyo caso se deberán crear los empleos correspondientes. Por su parte, la Ley 734 de 2002, establece como falta gravísima el celebrar contratos de servicios, cuyo objeto sea el cumplimiento de lo pactado, luego se encuentra en contra de la normativa el actuar del demandado.

Al respecto, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de junio 15 de 2011 Mp Dr. Gerardo Arenas Monsalve, reitera la existencia del Contrato Realidad cuando se contrata con una persona los servicios motivo de OPS entre CENIA y LA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.

Configurándose la causal, al desconocer esa realidad ocasionada.

-INFRACCIÓN DE LA LEY: VIOLACIÓN DEL ART. 13 y 25 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

Al desconocerse tal realidad, se menoscaban los arts. 13 y 53 de la CP que se produce al haberse contratado por OPS una **actividad permanente** como es el ser AUXILIAR DE ENFERMERIA de la ENTIDAD. Lo que genera un trato desigual y discriminatorio laboralmente con relación a los demás vinculados legal y reglamentariamente, trayendo en consecuencia, la vulneración a su vez, del art. 25 ibíd.

El art.53 ob. cit. Permite desentrañar la realidad de lo que acontece y que, se traduce en que se presenta una relación laboral y no una ejecución contractual, al configurarse los tres elementos propios de éstas.

Concluye, que por las razones anteriores, el acto administrativo demandado debe retirarse del ordenamiento jurídico y restablecerse, el derecho a través del presente proceso.

ii. ACTUACIÓN PROCESAL

La demanda fue presentada el **11 de Diciembre de 2013⁶**, se admitió el **26 de Febrero de 2014⁷**. Por otra parte, la demandada fue notificada electrónicamente el **15 de agosto de 2014** según acuse de recibo⁸ junto con la entrega 472 de los traslados al demandado, el día **10 de junio de 2014⁹** sin que contestara el demandado la demanda, a pesar de que en audiencia inicial, se realizara la corrección y sanamiento de términos de 25 y 30 días del artículo 612 del C.G.P. Venciéndose en conclusión el 6 de noviembre de 2014 la oportunidad dada normativamente para ejercer su derecho de defensa y debido proceso¹⁰.

AUDIENCIA INICIAL

El día 1 de julio de 2015¹¹ -previo pase al Despacho por la Secretaría el día 3 de febrero de 2015 y auto que cita de fecha 16 de febrero de 2015¹²-, se concreta la audiencia inicial, en donde se determina el problema jurídico en ¿Se encuentra viciado de nulidad el acto administrativo demandado que niega el reconocimiento de la relación laboral entre el ente demandado y la parte demandante? Y ¿los contratos de prestación de servicios implican la realización de una relación laboral en el caso de la demandante, para así ordenar el reconocimiento a título de indemnización reparatoria de las acreencias laborales por ejercer la actividad en dichos períodos como auxiliar de enfermería del Ente Demandado?. Decretadas las pruebas, se practican el día 1 de noviembre de 2016, según providencia del 30 de junio de 2016, donde se explica las razones que hacen, el por qué las audiencias en las fechas surtidas para el presente expediente se realizan¹³.

Surtido el período probatorio, se corre traslado para alegar de conclusión¹⁴.

iii. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN¹⁵

⁶ Folio 13.

⁷ Folio 62 - 63.

⁸ Folio 71 - 76.

⁹ Folio 70.

¹⁰ Folios 96.

¹¹ Folios 94 - 100.

¹² Folio 85 - 86.

¹³ Folios 107 - 136.

¹⁴ Folios 146 - 155.

Demandado: E.S.E. CENTRO DE SALUD DE OVEJAS	Ministerio Público	Demandante: CENIA MANJARREZ RICARDO
<p>En término afirma:</p> <p>Concreta en sus alegatos entonces:</p> <p>Que el acerbo probatorio concreta la prestación del servicio como auxiliar de enfermería de la Sra CENIA al Ente demandado, pero con base a la Ley 80 de 1993 pero infortunadamente no ha demostrado la subordinación: no hay documental aportada en tal sentido, las testimoniales en cuanto al celador, son imposibles de valorar porque estaba en su función y la Sra. Raquel no le concuerdan las circunstancias de modo.</p> <p>Por otra parte, se encuentran prescritos períodos reclamados como el del 3 de enero de 1998 al 30 de junio de 2004, pues han transcurrido más de tres años desde que terminó la prestación del servicio – Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de junio 10 de 2016 MP Dr. Luis Rafael Vergara Quintero.</p> <p>En los restantes períodos, no existe prueba de subordinación alguna.</p>	<p>No conceptuó dentro del proceso.</p>	<p>-Reitera:</p> <p>-La existencia de la subordinación y la prestación del servicio como ENFERMERA de la E.S.E. y así, lo confirman los testimonios coherentes y exactos en establecerlo.</p> <p>Es así, que la enfermera aquí contratada le asiste el derecho constitucional ante tal utilización indebida de la OPS por parte de la ESE enjuiciada.</p> <p>En tales condiciones, se configuró el art. 13 y 53 de la CN, razón por la cual, se impone la declaratoria de nulidad del acto demandado.</p>

II. PARTE CONSIDERATIVA

i. MOTIVO DE LITIGIO EXPUESTO EN LA DEMANDA

Analizar si se presenta o no, entre las partes de este plenario, el Contrato realidad en el período comprendido entre:

1. 03/01/1998 a 30/06/2004
2. 02/02/2009 a 31/03/2009
3. 01/04/2009 a 30/06/2009
4. 01/07/2009 a 31/08/2009
5. 03/11/2009 a 30/11/2009

6. 29/01/2010 a 30/06/2010

7. 01/02/2011 a 28/02/2011
8. 01/03/2011 a 31/03/2011
9. 01/04/2011 a 30/04/2011
10. 02/05/2011 a 31/05/2011
11. 01/06/2011 a 31/10/2011
12. 01/11/2011 a 30/11/2011

Si hay que solicitar la devolución de RETENCIÓN EN LA FUENTE y demás impuestos cancelados por la Sra. CENIA con base a la celebración del contrato de OPS con el demandado, para que la actora prestara el servicio de auxiliar de enfermería en la ESE CENTRO DE SALUD DE OVEJAS.

En caso positivo, se tendrá que restablecer el derecho a título de indemnización reparatoria correspondiente a las prestaciones sociales dejadas de devengar por la demandante al ser la presente sentencia constitutiva del Derecho. Lo que a partir de su ejecutoria, hace exigible el inicio de los plazos de las acreencias que produce la relación laboral, para indicar que no se ha configurado la demora en sus cancelaciones o lo hacen fuera del plazo, que por ley se concede.

iv. PRUEBAS ALLEGADAS y DECRETADAS, encontrándose bajos los requisitos de existencia y validez de las pruebas se analizan las siguientes, no tachadas por quien le afectan desfavorablemente:

1. La certificación del Jefe de Recursos Humanos de la Entidad, donde que durante los períodos: 03/01/1998 a 17/01/2000, la actora prestó los servicios como auxiliar de Enfermería a la E.S.E¹⁶

Certificación expedida por el Asistente Administrativo y Financiero de la E.S.E. de fecha 10 de agosto de 2005, donde afirma que la actora presta sus servicios como auxiliar de enfermería desde el 1 de enero de 2000 hasta el 30 de junio de 2004¹⁷.

2. OPS de los períodos contratados entre el año 2009 a 2011 según folios 17 al 33, en donde se establecen los límites en el tiempo de la prestación del servicio prestado como auxiliar de enfermería en dichos años y que concuerdan con los pretendidos en el litigio se le reconozca su relación laboral, esto es:

1. 02/02/2009 a 31/03/2009

2. 01/04/2009 a 30/06/2009

3. 01/07/2009 a 31/08/2009

4. 03/11/2009 a 30/11/2009

5. 29/01/2010 a 30/06/2010

6. 01/02/2011 a 28/02/2011

7. 01/03/2011 a 31/03/2011

8. 01/04/2011 a 30/04/2011

9. 02/05/2011 a 31/05/2011

10. 01/06/2011 a 31/10/2011

11. 01/11/2011 a 30/11/2011

Se contrata entre las partes el siguiente objeto contractual, tales como: "CLAUSULA PRIMERA. EL objeto de este instrumento es la prestación de servicios como auxiliar de enfermería a los usuarios que accedan a la E.S.E. centro de salud de ovejas para su atención en consulta externa o urgencia... PARAGRAFO UNO. EL CONTRATISTA deberá realizar los procedimientos de Enfermería descritos en los protocolos de atención y en el Manual de Procesos y Procedimientos de cada caso. PARÁGRAFO DOS: EL CONTRATISTA, deberá diligenciar las notas de enfermería en la Historia Clínica de cada paciente.....".

- 2.1. Los que según la petición elevada por la parte actora al demandado como previo a este proceso, se ejecutaron y cumplieron en sus objetos¹⁸ y que según el acto demandado en esos períodos no se generó la relación laboral por cuanto se pactaron con base al art. 32 de la Ley 80 de 1993, coherentes en su interpretación pues se relacionan los períodos de manera enunciativa y no taxativa, según se observa en la petición, en el suministro de los contratos y en el acto demandado.

¹⁶ Folio 15.

¹⁷ Folio 16.

¹⁸ Folio 102 y s.s.

3. Turnos y horarios asignados a la Enfermera Dra. CENIA , de los meses de agosto, noviembre de 2001, dos planillas que no identifican el año y el mes según folios 36 a 37, siendo en el primero –folio 36, la nota de al final que identifica una fecha la de turno 31 de mayo de 2003, Turnos de 2003 meses marzo, otra planilla que no identifica fecha ni año, mayo de 2009, febrero de 2010 nocturno y festivos, marzo de 2010 Nocturnos, abril de 2010, junio de 2010, mayo de 2011, junio de 2011, agosto de 2011 Nocturnos y Festivos, septiembre de 2011 Nocturnos y Festivos, octubre de 2011 Turnos Nocturno y Festivos, Noviembre de 2011 Nocturno y Festivos, CIRCULAR de 13 de octubre de 2011 donde se menciona a la Actora fijándole turno de prestación del servicio el domingo 16 ¹⁹. Arrojan inferencia lógica de la prestación del servicio personal con base a la aplicación de la prueba indiciaria, ya que si hubiera incumplido en su actividad no hubiera sido llamada incluso en el último mes de 2011 a fijarle turnos de prestación del servicio de auxiliar de enfermería.
4. Actuación Administrativa Previa, donde precisa el acto administrativo demandado: “...*que la relación contractual de la Ley 80 de 1993, sostenida con la actora, no genera la relación laboral...*”²⁰.
5. Las testimoniales de los Sres. RAQUEL BEATRIZ TEHERAN RIVERO CC No. 23.020.897 /compañera de trabajo y OSCAR SEGUNDO GONZALEZ OLIVERA CC No. 3.918.432/ Celador Período 1995 a 2005, afirman, que en los períodos que tuvieron una relación con el Ente Demandado, observaron como la Sra. Cenía entraba y salía de la E.S.E. a prestar sus servicios como auxiliar de enfermería. La primera sólo frente al cuestionario hecho por el Juzgador, presenta conocimiento de los hechos durante el período del litigio, donde se expresa que efectivamente la actora efectuó las actividades contratadas, que de por sí, causan la relación laboral²¹. A pesar de contener posteriormente, un cuestionario practicado por un sujeto procesal diferente, con preguntas que son sugestivas pasivas en el caso del Sr. OSCAR, cuando afirma el apoderado de la parte demandada, que no le interroga porque no conocía de las actividades que desarrollaba la actora en la E.S.E.²², sus respuestas coinciden con las dadas a las practicadas por el Juzgador momentos antes. De igual forma, no pierden su conocimiento sobre los hechos y por la inadecuada situación no pierden su validez probatoria para no mencionarlas en lo antes relacionados. Luego, se tendrá en cuenta su decir especialmente para períodos 1998 a 2004 y en la primera testigo que le hacía turnos posteriores a dichas fechas, aunadas a las documentales antes descritas²³, realizando éstas últimas.

NO SE TACHARON LAS TESTIMONIALES POR EL APODERADO DEL ENTE DEMANDADO EN LA PRACTICA DE LAS PRUEBAS.

V. APORTE PROBATORIO DE CADA UNA.

⊕ Los contratos transcritos en párrafos anteriores correspondiente a los períodos

1. 02/02/2009 a 31/03/2009
2. 01/04/2009 a 30/06/2009
3. 01/07/2009 a 31/08/2009
4. 03/11/2009 a 30/11/2009

5. 29/01/2010 a 30/06/2010

6. 01/02/2011 a 28/02/2011
7. 01/03/2011 a 31/03/2011
8. 01/04/2011 a 30/04/2011
9. 02/05/2011 a 31/05/2011
10. 01/06/2011 a 31/10/2011
11. 01/11/2011 a 30/11/2011

¹⁹ Folios 52.

²⁰ Folios 14.

²¹ DVD pruebas 33: 55 y s.s.

²² PARRA QUIJANO, Jairo. MANUAL DE DERECHO PROBATORIO. Librería Ediciones del Profesional LTDA. Bogotá, 2007 pág. 351 Y s.s.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de enero de 1998 Mag Pon. Jorge E. Córdoba Poveda

Por sí mismos, aportan la realización de un servicio continuo, donde el empleador por las obligaciones allí referidas dispone del tiempo de la parte actora, es más, esa actividad debe ser asumida por una persona vinculada legal y reglamentariamente, al corresponder a funciones esenciales en el EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO y se expone en la Cláusula Primera junto con sus Parágrafos que se transcribieron anteriormente, los cuales, no son temporales, ocasionales, no necesitan de conocimientos especiales y que sean tan extrañas para el personal que labora allí y que han tratado de vestir con el nombre de apoyar la gestión en los procesos, cuando la labor de enfermera de la empresa social del estado como sus jefaturas. Al ser profesiones idóneas donde, el que la ejercita, no necesita estar constantemente atendiendo a otra persona de la empresa social, que le indique como hacerlas para que pueda existir la subordinación, es decir, la subordinación en este tipo de labores se configura sin necesidad de que alguien de la Empresa Social del Estado, este diciéndole a la parte actora que hacer y cómo hacerlo. Aunado a ello, se evidencia en el contenido de estos contratos que la Dra. CENIA MANJARREZ no pone los elementos para prestar la labor de manera propia, por el contrario, utiliza los de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, como lo dicen los contratos, en las obligaciones del contratista, al cual, se le entregan elementos en su turno, los cuales debe entregarlos al finalizar el turno asignado.

Exponen la realización de labores configurativas del Contrato Realidad del art. 53 de la CN. Al ser una persona natural contratada para las mismas, para laborales propias del objeto social de la E.S.E, pues auxiliar de enfermería contando con actividades sometidas a las normas que rigen dicha actividad, a la urgencia y asistencia a consulta externa, si se observa la legislación aplicable al respecto, el objeto contratado denota actividades delicadas y relacionadas con el cuidado de la vida de los pacientes que llegan a hacer atendidos en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO.

- ⊕ En las certificaciones expedidas por el accionado y aportadas por la parte demandante, las cuales, concuerdan con los períodos relacionados en la fijación del litigio como prestados por la parte actora, que corresponden a los períodos:

03/01/1998 a 17/01/2000

01/01/2000 a 30/06/2004

Encontrando en estas documentales, que es cierto, que durante estos períodos, se ejecuta el contrato, al cual, se le aplica el principio de la Realidad sobre la Formalidad porque como bien afirman las partes –en la fijación del litigio–, incluso en el agotamiento de la actuación administrativa previa y en el acto demandable, fue en noviembre de 2011 como pretende la parte actora se declare el contrato realidad, se prestó el servicio contratado agregándose los períodos de 2009 a 2011 según se relaciona en la demanda, pues no se evidencia que se hubiera incumplido en la prestación del servicio pactado por la actora al actor en esos períodos, que es lo que de ordinario conforme a la Ley 80 de 1993 sucede, de lo contrario obraría una declaratoria de terminación anormal de los contratos, ante la delicadeza y esencia actividad necesaria contratada entre las partes sumado a los turnos asignados y que nunca se afirmó que no se hubieran prestado en los períodos allí descritos y que se relacionaron anteriormente.

Se reitera que según la petición elevada por la parte actora al demandado como previo a este proceso, se ejecutaron y cumplieron en sus objetos los contratos allegados y según las certificaciones allegadas y expedidas por la parte demandada²⁴ y que según el acto demandado en esos períodos no se generó la relación laboral por cuanto se pactaron con base al art. 32 de la Ley 80 de 1993, coherentes en su interpretación pues se relacionan los períodos de manera enunciativa y no taxativa, según se observa en la petición, en el suministro de los contratos y en el acto demandado.

- ⊕ En cuanto a la cotización en salud y pensión cancelados por la parte actora, no se evidencian los pagos que afirma en pretensión. Se aclara que los impuestos generados y pagados por la actora en la celebración del contrato no son objeto de litigio ante la E.S.E. corresponde a la DIAN y al retenedor de éstos en litigio diferente al presente, por lo que se negará la pretensión relacionada con dicha pretensión al no ser objeto litigio y no corresponder al demandado dicha causa.

²⁴ Folio 102 y s.s.

TESTIMONIALES

<p>TESTIGO 1: RAQUEL BEATRIZ TEHERAN RIVERO</p>	<p>Auxiliar de enfermería, vinculada al demandado desde el 6 de enero de 1998 a 2004 y expresa que la Dra. CENIA, funge como enfermera con turno en urgencias, vacunación según disposición que hace el gerente de la Empresa Social del Estado²⁵. Cuenta que en sus turnos se sujetan a grupos de cierto horario, donde concuerda con la mencionada Dra cuando aporta los turnos hechos en determinados meses de 2001, 2009, 2011. Posteriormente, se retira de la Entidad y afirma que continúa vinculada la demandante, aproximadamente hasta el 2011, pues la Dra CENIA le pide el favor que le haga unos turnos en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO. Afirmaba que cumplía turnos diurnos y nocturnos como la Dra. CENIA realizando actividades de enfermería, como llenar historias clínicas, atender a los pacientes²⁶.</p>
<p>TESTIGO 2: OSCAR GONZALEZ OLIVERA</p>	<p>Afirma que es el celador entre los años 1995 a 2005 y que cuando presta su turno diurno veía entrar a la SRA CENIA, vestida de blanco como todos los demás que trabajan en la Empresa Social del Estado.²⁷.</p>

El Aporte de los testigos como medio para efectivizar la prueba indirecta, es sencilla, en establecer que se conoce a la Sra. Cenía, que para el año 1998 a 2004 prestó sus servicios como enfermera según la primera testigo y el segundo afirma, que la veía entrar a la Entidad y que sabía que era enfermera, para el caso del Segundo Testigo, se encontraba vinculado a la Entidad hasta 2005.

CONCLUSIÓN PROBATORIA: Es viable y coherente precisar:

Que las pruebas recaudadas como son:

-Los contratos transcritos en párrafos anteriores correspondientes a los períodos de 2009 a 2011 relacionados en pretensión. Por sí mismos, aportan la realización de un servicio continuo, donde el empleador por las obligaciones allí referidas dispone del tiempo de la parte actora, es más, esa actividad debe ser asumida por una persona vinculada legal y reglamentariamente, al corresponder a funciones esenciales de la E.S.E, las cuales, no son temporales, ocasionales y que sean tan extrañas para el personal que labora allí y que han tratado de vestir con el nombre de apoyar la gestión en los procesos, cuando la labor de enfermera de la Empresa Social del Estado hace parte del objeto misional de la Entidad. Al ser profesiones idóneas donde, el que la ejercita, no necesita estar constantemente atendiendo a otra persona de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, que le indique como hacerlas para que pueda existir la subordinación, es decir, la subordinación en este tipo de labores se configura sin necesidad de que alguien de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO este diciéndole a la parte actora que hacer y cómo hacerlo todo el tiempo, pues conocen los protocolos y demás que el sistema de seguridad social en Colombia determina. Aunado a ello, se evidencia en el contenido de estos contratos como de las certificaciones hechas por el demandado para los períodos 1998 a 2004 que la Dra. CENIA MANJARREZ RICARDO prestó sus servicios como enfermera y que no pone los elementos para prestar la labor de manera propia, por el contrario, utiliza los de la Empresa Social del Estado, según los contratos aportados y transcritos anteriormente.

El acto administrativo motivo de demanda, afirma que las actividades acordadas bajo la Ley 80 de 1993 con la Actora no causan las consecuencias laborales pretendidas y en sus alegatos recuerda su antecedente administrativo al mencionar, que la prestación del servicio se da como se acordó en lo contratado, pero que la prueba testimonial no presenta el modo de la prestación del servicio, ni el Sr. OSCAR es testigo de ello al ser celador y no poder observar como prestar la actividad de enfermería.

²⁵ DVD Pruebas. Minuto 14:46 – 15: 47

²⁶ DVD Pruebas. Minuto 31:50 – s.s.

²⁷ DVD Pruebas. Minuto 36:00 – s.s.

Ahora no es motivo litigioso ni se duda sobre la Sra. CENIA cumplió o no el objeto contratado, por el contrario con base a la misma Ley 80 de 1993, las partes no cuestionan si se cumplió con el contrato, Entonces se expone la realización de labores configurativas del Contrato Realidad del art. 53 de la CN. Al ser una persona natural contratada para las mismas, siendo actividades delicadas y relacionadas con el cuidado de la vida de los pacientes que llegan a hacer atendidos en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE OVEJAS.

Ello se refuerza, en las certificaciones expedidas por el accionado y aportadas por la parte demandante, las cuales, concuerdan con los períodos 1998 A 2004 relacionados en la fijación del litigio como prestados por la parte actora. Encontrando en éstas, que es cierto, que se ejecuta el contrato, al cual, se le aplica el principio de la Realidad sobre la Formalidad.

Además, en cuanto a la cotización en salud y pensión cancelados por la parte actora, no se evidencian los pagos que afirma en pretensión. Se aclara que los impuestos generados y pagados por la actora en la celebración del contrato no son objeto de litigio ante la E.S.E. corresponde a la DIAN y al retenedor de éstos en litigio diferente al presente, por lo que la pretensión relacionada con dicha finalidad, al no ser objeto litigio y no corresponder al demandado dicha causa no se podrá resolver como tal en esta sentencia.

Al respecto, es viable aplicar la regla/subregla del Consejo de Estado, señalada en sentencia de marzo 4 de 2010 de la Sección Segunda-Subsección A CP Dr. Gustavo Gómez Aranguren; la de junio 15 de 2011 de la misma Sección-Subsección B CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve; la de la misma Sección-Subsección B, de fecha febrero 16 de 2012 CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, entre otras, donde existe la carga de la prueba en la parte solicitante, el tener que demostrar que se configuro la Subordinación entre las partes celebrantes del contrato en mención, excepto cuando se es docente contratado, médico/enfermera de urgencia, por ejemplo, donde se presume la existencia de la Subordinación. Pero lo interesante, es que su consecuencia es una indemnización reparatoria ante el actuar omisivo del accionado al no aplicar los artículos 121 y S.S. de la Constitución Política, esto es, liquidar sólo las prestaciones sociales debidas al cargo que realiza tales labores, observando los honorarios pactados, incluyendo lo referente al Sistema General de Seguridad Social en su Integridad. Observando lo referente a las cancelaciones hechas por la parte actora para los meses mencionados. Luego se efectiviza, el art. 53 *ibíd*, como se logró evidenciar en el presente litigio.

Visto lo anterior, se plantea como

vi. PROBLEMA JURÍDICO DEL ARTÍCULO 53 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA:

Problema Jurídico a Plantear se, contrae en establecer *¿Existe una relación laboral dentro de los Contratos de Prestación de Servicio celebrados por la DRA. CENLA MANAJARREZ RICARDO y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE OVEJAS, cuyo objeto es apoyar la gestión en los procesos como Enfermera, durante los siguientes períodos:*

1. 03/01/1998 a 30/06/2004

2. 02/02/2009 a 31/03/2009

3. 01/04/2009 a 30/06/2009

4. 01/07/2009 a 31/08/2009

5. 03/11/2009 a 30/11/2009

6. 29/01/2010 a 30/06/2010

7. 01/02/2011 a 28/02/2011

8. 01/03/2011 a 31/03/2011

9. 01/04/2011 a 30/04/2011

10. 02/05/2011 a 31/05/2011

11. 01/06/2011 a 31/10/2011

12. 01/11/2011 a 30/11/2011

En caso afirmativo, a partir de la presente decisión se configura la acreencia laboral a título de indemnización reparatoria, correspondiente a las prestaciones sociales que devenga el cargo creado en el accionado y que realiza las actividades contratadas, teniendo en cuenta el objeto del contrato?

vii. Se sostendrá como Tesis, que SI existe una relación laboral dentro de los Contratos de Prestación de Servicio celebrados por la DRA. CENIA MANJARREZ RICARDO y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE OVEJAS, cuyo objeto es apoyar la gestión en los procesos como Enfermera de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, durante los siguientes períodos

1. 03/01/1998 a 30/06/2004

2. 02/02/2009 a 31/03/2009

3. 01/04/2009 a 30/06/2009

4. 01/07/2009 a 31/08/2009

5. 03/11/2009 a 30/11/2009

6. 29/01/2010 a 30/06/2010

7. 01/02/2011 a 28/02/2011

8. 01/03/2011 a 31/03/2011

9. 01/04/2011 a 30/04/2011

10. 02/05/2011 a 31/05/2011

11. 01/06/2011 a 31/10/2011

12. 01/11/2011 a 30/11/2011

Como el caso es afirmativo, a partir de la presente decisión se configura la acreencia laboral a título de indemnización reparatoria, correspondiente a las prestaciones sociales que devenga el cargo creado en el accionado y que realiza las actividades contratadas, teniendo en cuenta el honorario acordado.

Planteándose las siguientes posiciones dentro del proceso:

PARTE DEMANDANTE

- ⊕ Efectivamente el acto administrativo es nulo, porque entre las partes se presenta una relación laboral. Ello se debe, a que la Dra. Cenia por las actividades realizadas automáticamente generan la SUBORDINACIÓN, que da lugar a la declaratoria del contrato realidad, consagrado en el artículo 53 de la C.P. y fuera de todo, no le cancelaron lo correspondiente al período en referencia.
- ⊕ Como consecuencia, se deben las prestaciones sociales, la sanción moratoria e indemnización laboral pertinente, se le devuelva lo cancelados en salud, pensión e impuestos.

PARTE DEMANDADA – EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DE OVEJAS-

- ⊕ El acto administrativo, conserva su presunción al haberse realizado la actividad dentro de los períodos pretendidos, con autonomía y bajo cuenta de la Dra. CENIA MANJARREZ como lo indica la Ley 80/93, figurando como cotizante en el sistema general de seguridad social, la mencionada.
- ⊕ Como consecuencia, no se le debe prestaciones sociales, sanción moratoria e indemnizaciones algunas como se pretende.

Visto lo anterior, el

viii. Argumento Central

El contrato realidad es fuertemente establecido como tal por la CORTE CONSTITUCIONAL²⁸, al interpretar y aplicar el artículo 53 de la Constitución Política, consistiendo en desnudar la verdadera intención del contratante, cuando en utilización de la Ley 80 de 1993, viste una relación laboral, que desde el primer momento debió realizar con base a los arts. 122 y s.s. ob cit., causando un daño

²⁸Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara. Pueden consultarse las sentencias C-555 de 1994, C-006 de 1996, T-180 y T- 500 de 2000, todas proferidas por la Corte Constitucional.

reparable a la víctima, en este caso a la Accionante. Es así, que en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa- CONSEJO DE ESTADO²⁹, reitera dicho espíritu en respeto a los arts. 241 y S.S. de Carta Magna. Eso sí, lo importante aquí es, **la realización de la SUBORDINACIÓN como elemento característico de la relación laboral y diferenciador del contractual de la Ley en cita**, que en algunos casos se presume por la naturaleza de la actividad contratada como es el desarrollar la actividad que emerge de la función docente, el propio de urgencias cuando se trata del sector salud, entre otras.

En el caso en estudio, el contratante **dispone del tiempo de la contratista**, quien al haber demostrado la prestación del servicio pactado, bajo los protocolos y manuales que se aplican en el sistema general de salud, queda a disposición de éste, creando la SUBORDINACIÓN como elemento característico de la RELACIÓN LABORAL, al haberse probado en,

-Los contratos transcritos en párrafos anteriores correspondientes a los períodos de 2009 a 2011 relacionados en el acervo probatorio. Por sí mismos, aportan la realización de un servicio continuo, donde el empleador por las obligaciones allí referidas **dispone del tiempo de la parte actora**, es más, esa actividad debe ser asumida por una persona vinculada legal y reglamentariamente, al corresponder a funciones esenciales en la EMPRESA SOCIA DEL ESTADO, las cuales, no son temporales, ocasionales, no necesitan de conocimientos especiales y que sean tan extrañas para el personal que labora allí y que han tratado de vestir con el nombre de apoyar la gestión en los procesos, cuando la labor de enfermera en dicha EMPRESA SOCIAL. Al ser profesiones idóneas donde, el que la ejercita, no necesita estar constantemente atendiendo a otra persona del ENTE DEMANDADO, que le indique como hacerlas para que pueda existir la subordinación, es decir, la subordinación en este tipo de labores se configura sin necesidad de que alguien del Hospital este diciéndole a la parte actora que hacer y cómo hacerlo. Aunado a ello, se evidencia en el contenido de estos contratos que la Dra. CENIA MANAJARREZ no pone los elementos para prestar la labor de manera propia, por el contrario, utiliza los de la EMPRESA SOCIAL, como lo dice el propio documento transcrito, que consagra como obligación del contratista, que deberá devolver los elementos dados en su turno al momento de hacer la entrega del respectivo turno.

Exponen la realización de labores configurativas del Contrato Realidad del art. 53 de la CN. Al ser una persona natural contratada para las mismas, la Entidad pacta la prestación de la actividad como Enfermera, que al ser actividad delicada y relacionada con el cuidado de la vida de los pacientes que llegan a hacer atendidos en la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO, le es propia de su misión y creación como Entidad.

Ello se refuerza, en las certificaciones expedidas por el accionado y aportadas por la parte demandante, las cuales, concuerdan con los períodos relacionados en la fijación del litigio como prestados por la parte actora para los años 1998 a 2004 en los períodos pretendidos. Ahora el Acto Administrativo que es objeto de demanda, junto con los contratos aportados, establecen la prestación del servicio prestado por la actora al demandado, sin que se centró el litigio en tal sentido, por el contrario, se acompañan estas pruebas en establecer que la prestación del servicio se da en los períodos pretendidos como auxiliar de enfermería y que ello en la fijación del litigio como en los alegatos, no fue discutido por el demandado, luego sucede lo que de ordinario la Ley 80 de 1993 establece, la terminación normal del contrato y la prestación del servicio pactado, sin que se hubiera advertido incumplimiento alguno en la actividad contratada y prestada por la Demandante al Demandado en los períodos relacionados en las pretensiones de la demanda. Se aplica el análisis de la comunidad de la prueba junto con los indicios del 100% de cumplimiento de la labor pactada, para señalar que los contratos se cumplieron como auxiliar de enfermería según lo allí suscrito y certificado por el accionado para los años 1998 a 2004 en los períodos pretendidos.

Se ejecutan los contratos, a los cuales, se le aplica el principio de la Realidad sobre la Formalidad.

- ⊕ En cuanto a la cotización en salud y pensión cancelados por la parte actora, no se evidencian los pagos que afirma en pretensión. Se aclara que los impuestos generados y pagados por la actora en la celebración del contrato no son objeto de litigio ante la E.S.E. corresponde a la

²⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, Exp. IJ-039 de 2003, MP. Nicolás Pájaro Peñaranda; Consejo de Estado, Sección Segunda, Exp. 0245 y 2161 de 2005, MP. Jesús María Lemos Bustamante. Sección Segunda, Exp. 2324-00, MP. Tarsicio Cáceres Toro y 3661-03, MP. Alejandro Ordóñez Maldonado.

DIAN y al retenedor de éstos en litigio diferente al presente, por lo que se negará la pretensión relacionada con dicha pretensión al no ser objeto litigio y no corresponder al demandado dicha causa.

Al respecto, es viable aplicar la regla/subregla del Consejo de Estado, señalada en sentencia de marzo 4 de 2010 de la Sección Segunda-Subsección A CP Dr. Gustavo Gómez Aranguren; la de junio 15 de 2011 de la misma Sección-Subsección B CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve; la de la misma Sección-Subsección B, de fecha febrero 16 de 2012 CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, entre otras junto con el precedente jurisprudencial restantes que le aplica, donde existe la carga de la prueba en la parte solicitante, el tener que demostrar que se configuro la Subordinación entre las partes celebrantes del contrato en mención, excepto cuando se es docente contratado, médico/enfermera, por ejemplo, donde se presume la existencia de la Subordinación. Pero lo interesante, es que su consecuencia es una indemnización reparatoria ante el actuar omisivo del accionado al no aplicar los artículos 121 y S.S. de la Constitución Política, esto es, liquidar sólo las prestaciones sociales debidas al cargo que realiza tales labores, observando los honorarios pactados, incluyendo lo referente al Sistema General de Seguridad Social en su Integridad. Observando lo referente a las cancelaciones hechas por la parte actora para los meses mencionados. Luego se efectiviza, el art. 53 *ibíd.*, como se logró evidenciar en el presente litigio.

Como contra argumento a los alegatos del demandado en lo referente a la prescripción del derecho a accionar el medio de control presente cuando se trata de contrato realidad, porque lo pretendido ha superado para el año 1998 a 2004, los tres años establecidos para la prescripción del derecho. Al efecto, se tiene que la prescripción y caducidad del derecho a accionar un medio de control, hace referencia a la creación de normas de orden público, cuya competencia radica conforme al artículo 150 de la Constitución Política y como lo referencia el Tratado de San José de Costa Rica, al legislador como órgano máximo cuya función es crear, la Ley y que cuya irrenunciabilidad se presenta en protección de la sociedad colombiana, luego se aparta la suscrita de la sentencia señalada por la parte demandada para afirmar la existencia por vía del precedente, de la existencia del término de tres años para el ejercicio del derecho a accionar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para el caso en litigio.

ix. En síntesis,

Se declarará la nulidad del acto administrativo en demanda, en lo relacionado a los períodos correspondientes a

1. 03/01/1998 a 30/06/2004

2. 02/02/2009 a 31/03/2009

3. 01/04/2009 a 30/06/2009

4. 01/07/2009 a 31/08/2009

5. 03/11/2009 a 30/11/2009

6. 29/01/2010 a 30/06/2010

7. 01/02/2011 a 28/02/2011

8. 01/03/2011 a 31/03/2011

9. 01/04/2011 a 30/04/2011

10. 02/05/2011 a 31/05/2011

11. 01/06/2011 a 31/10/2011

12. 01/11/2011 a 30/11/2011

Al demostrarse la realización del artículo 53 de la CP en la ejecución de los contratos celebrados entre las partes de este litigio. En consecuencia, a partir de la presente decisión se configura la acreencia laboral a título de indemnización reparatoria, correspondiente a las prestaciones sociales que devenga el cargo creado en el accionado y que realiza las actividades contratadas, teniendo en cuenta el valor que como honorario se ha acordado. De allí que no se cancelará indemnización ni sanción moratoria no pago cumplido de la Cesantía debida a partir de esta sentencia y se reitera la falta de legitimación en la causa por pasiva para ordenarse la devolución de los impuestos generados y pretendidos por el actor.

Además, en cuanto a la cotización al Sistema Social Integral, se tendrá que reconocer lo pertinente por Ley en su cálculo a la Seguridad Social Integral, que le corresponda a la parte actora cancelar y al demandado, para devolverle lo que evidencie como pagado en la Entidad y que no le corresponda normativamente.

Haciendo aplicación, de los artículos 187, 192 y S.S. referidos a los efectos de la sentencia, cumplimiento de la misma y se condenará en costas en un 15% a la parte vencida.

x. Utilizando como sub-argumentos teóricos aplicados al Análisis probatorio, que nos produjo la conclusión al caso particular como se precisó en ítems anteriores,

El recuento utilizado y puntualizado por el Consejo de Estado, Sección Segunda-Subsección B, en Sentencias de marzo 11 de 2010 CP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, 2 de diciembre de 2010 CP Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Así,

Jurisprudencia Relacionada con el Contrato de Prestación de Servicios

La Corte Constitucional, en sentencia C-154 de 1.997, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, diferencia entre el contrato de carácter laboral y aquel de prestación de servicios, los siguientes aspectos:

“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 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.”

Lo anterior significa, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política.

La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, prestación personal del servicio y remuneración por el trabajo cumplido.

Es pertinente destacar que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no implica conferir la condición de empleado público, pues, según lo ha señalado el Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el sólo hecho de trabajar para el Estado:

“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.”¹

Al respecto, la Sala Plena del Consejo de Estado, en decisión adoptada el 18 de noviembre de 2003, Radicación IJ-0039, Consejero Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Actora: María Zulay Ramírez Orozco, manifestó:

“6. Es inaceptable el criterio según el cual la labor que se cumple en casos como aquel a que se contrae la litis, consistente en la prestación de servicios bajo la

¹ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda

forma contractual, está subordinada al cumplimiento de los reglamentos propios del servicio público por no haber diferencia entre los efectos que se derivan del vínculo contractual con la actividad desplegada por empleados públicos, dado que laboran en la misma entidad, desarrollan la misma actividad, cumplen ordenes, horario y servicio que se presta de manera permanente, personal y subordinada.

Y lo es, en primer término, porque por mandato legal, tal convención no tiene otro propósito que el desarrollo de labores "relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad"; lo que significa que la circunstancia de lugar en que se apoya la pretendida identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que imponen la celebración de contratos de prestación de servicios con personas naturales cuando se presente una de dos razones: a.) que la actividad no pueda llevarse a cabo con personal de planta; b.) que requiera de conocimientos especializados de la labor (art. 32 L. 80/93).

Es inaceptable, además, porque si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad.

Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta.

En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales."

En dicho fallo se concluyó lo siguiente:

- 1. El vínculo contractual que subyace en los contratos de prestación de servicios no es contrario a la ley.*
- 2. No existe identidad de la relación jurídica derivada del contrato (sitio donde se prestó el servicio) con la situación legal y reglamentaria, ya que, entre otras razones, el hecho de trabajar al servicio del Estado no puede en ningún caso conferir el status de empleado público, sujeto a un específico régimen legal y reglamentario.*
- 3. No existe violación del derecho de igualdad por el hecho de la suscripción de los contratos de prestación de servicios, puesto que la situación del empleado público, se estructura por la concurrencia de elementos sin los cuales dicha relación no tiene vida jurídica (artículo 122 de la Constitución Política), es distinta de la que se origina en razón de un contrato de prestación de servicios. Esta última no genera una relación laboral ni prestacional.*
- 4. La situación del empleado público es diferente a la que da lugar al contrato de trabajo, que con la Administración sólo tiene ocurrencia cuando se trata de la construcción y mantenimiento de obras públicas.*
- 5. Se hizo énfasis en la relación de coordinación entre contratante y contratista para el caso específico.*

Sin embargo y pese a lo anterior, si el interesado vinculado bajo la forma de contrato de prestación de servicios, logra desvirtuar su existencia al demostrar la presencia de la subordinación o dependencia respecto del empleador, prestación personal del servicio y remuneración, tendrá derecho al pago de prestaciones sociales en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo. (art. 53 C.P.).

Tal posición ha sido adoptada por la Sala en los siguientes términos³⁰:

“De acuerdo con lo anterior, en un plano teórico y general, cuando existe un contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional.

(...)

De acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios u órdenes de servicios durante los periodos que se encuentran señalados en el acápite de hechos probados.

La Sala reconocerá la existencia de una relación laboral por la existencia de una relación de subordinación entre la entidad contratante y la contratista, según se desprende de las cláusulas que a continuación se transcriben, además del ejercicio por parte de ésta de labores propias de un funcionario público:

(...)

Las estipulaciones anteriores permiten concluir que cuando la demandante desarrolló su actividad bajo la figura de contratos u órdenes de prestación de servicios lo hizo para cumplir una relación de tipo laboral, pues el cumplimiento de labores encomendadas se llevó a efecto en desarrollo de instrucciones impartidas por sus superiores y debía reportar a estos el desarrollo de la actividad.”

Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, 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, sin que signifique necesariamente la configuración de un elemento de subordinación....”.

Al caso particular, vista la conclusión probatoria la aquí actora se encuentra ubicada en la siguiente situación jurisprudencial, Sentencia del 3 de junio de 2010 C P Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.:

“...RELACION LABORAL – Elementos / RELACION LABORAL – Subordinación. Prueba / ENFERMERAS – Dicha labor lleva implícita la subordinación

Si bien es cierto que dentro del plenario no existen pruebas documentales ni testimoniales que demuestren claramente el elemento de subordinación, Vr.gr., llamados de atención, memorandos, sanciones, felicitaciones, investigaciones disciplinarias etcétera, que permitan afirmar que dependía del superior jerárquico recibiendo órdenes continuas y realmente subordinadas, también lo es, que tal elemento debe ser apreciado con el conjunto de las pruebas obrantes como uno de los indicios que contribuyen a la convicción del Juez sobre la situación fáctica materia de conocimiento. Al encontrarse plenamente establecida la función de Enfermera Jefe, como se desprende de los dos (2) contratos de prestación de servicios, no puede dejarse a un lado la naturaleza de la función que ejerció la demandante. La labor de Enfermera Jefe no puede considerarse prestada de forma autónoma porque esta no puede definir en que lugar presta sus servicios ni en que horario, es más, su labor de coordinación de las demás enfermeras y la obligación de suministro de medicación y vigilancia de los pacientes no puede ser suspendida sino por justa causa, previamente informada, pues pondría en riesgo la prestación del servicio de salud, o sea, que existe una relación de subordinación. En otras palabras, como ya lo ha señalado esta Corporación dada la naturaleza de las funciones se puede deducir la existencia de una prestación de servicios de forma subordinada amparable bajo la primacía de la realidad frente a las formas..” Negrillas fuera de texto-

³⁰ Expedientes Nos. 0245 y 2161 de 2005, M.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante

En la misma decisión, se determina en cuanto a la liquidación de las Prestaciones Sociales y los honorarios pactados como base para éstos:

“...CAMBIO JURISPRUDENCIAL

En reciente sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, modificó la tesis que se venía acogiendo respecto del reconocimiento a título de indemnización de las prestaciones ordinarias que devenga un empleado público en igualdad de condiciones, cuando se demuestra la existencia del contrato realidad.

En dicha providencia³¹ se indicó, que si bien el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, ello no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, aclarando que el título no sería consistente con el restablecimiento del derecho, entendido como la restitución de la situación al estado anterior (Vr.Gr. reintegro y pago de los emolumentos dejados de percibir), pues al ser inexistente el empleo en la Planta de Personal se imposibilita ordenar tal condena, empero sí, el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas y se liquidan con base en los honorarios pactados en el contrato.

Asimismo, se varió la posición para indicar que si se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, y se acepta la existencia de una verdadera relación laboral, es apenas lógico que produzca plenos efectos, ello es, que el tiempo laborado sea útil para el reconocimiento de la pensión de jubilación, así como la Seguridad Social (Salud), Caja de Compensación y Subsidio Familiar, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación....”³².

En cuanto a la Sanción Moratoria y demás indemnizaciones:

“...Consejo de Estado en la Sentencia de 17 de abril de 2008, M.P. JAIME MORENO GARCÍA, Exp. (2776-05), Actor: JOSÉ NELSON SANDOVAL CÁRDENAS, dejó por sentado lo siguiente:

“Tampoco opera el fenómeno de la prescripción, ya que se trata de una sentencia constitutiva, en la medida en que el derecho surge a partir de ella y, por la misma razón, no hay lugar a aplicar la Ley 244 de 1995, pues la morosidad empieza a contarse a partir de la ejecutoria de esta sentencia.”

Asimismo se ha indicado:

Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. 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 ...”.

Es decir, por la naturaleza constitutiva de esta decisión no se adeudan indemnización alguna y sanción moratoria alguna y menos, se pueda llegar a pensar, que ante la no cancelación de los honorarios en su momento, de ser ello del caso, tomarlo como una forma de obligar a que la contratista como un despido

³¹ Sentencia de 19 de febrero de 2009, M. P. Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, Exp. No. 2005-3074, actora Ana Reinalda Triana Yiuichi.

³² El Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, había ordenado el reconocimiento de estos efectos, en sentencia del 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, Magistrado Ponente Dr. JAIME MORENO GARCÍA.

forzoso o un forzamiento para que no volviera a prestar su labor.

Aunado a ello, se REITERA:

Precedente Unificador de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a la Declaratoria del Contrato Realidad –Docente y Auxiliar de Enfermería-

El Principio de Primacía de la realidad en las relaciones laborales ejercidas por la Autoridad Administrativa (Estado o particular con función administrativa).

El artículo 53 de la Constitución Política consagra la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y el de la primacía de la realidad sobre las formas y el cual, la Sala Plena del Consejo de Estado en la sentencia IJ0039 de 2003, *no dio prevalencia*, por el contrario, la Ley de contratación se aplicó, basándose en que se permite contratar a personas naturales para que ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la Entidad Administrativa, porque no hubiera personal de planta para realizarla o no alcanzan para ello, o la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados. Lo anterior, porque legalmente está consagrada la existencia, validez y eficacia del contrato estatal. Sin embargo, para el 18 de noviembre de 2003 la Sala Plena de dicha Corporación, a través de su Magistrado Ponente Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda retomó su tesis inicial, que consiste en que de existir una prestación personal de un servicio, una remuneración y la subordinación o dependencia, existe una verdadera relación de trabajo, por lo que la prevalencia a los principios constitucionales ya mencionados. Luego prospera tal pretensión, se debe restablecer a título de reparación indemnizatoria, las prestaciones sociales dejadas de cancelar con base al valor pactado en cada uno de los contratos y lo referente a la Seguridad Social Integral de acuerdo a los parámetros señalados por la legislación pertinente, sin declarar prescripción alguna ante la naturaleza de las sentencias constitutivas del derecho, pues a partir de ellas se elimina el obstáculo legal contractual celebrado entre las partes para omitir u ocultar la realidad laboral³³. Tesis reiterada en decisión del 15 de junio de 2006 Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemus, la del 19 de febrero de 2009 cuya Ponencia la realizó la Dra. Berta Lucía Ramírez de Páez, entre otras y que a la fecha han sostenido la aplicación del Principio en mención.

Aplicación en el caso de Laborales Permanentes y en el Sector de la Salud Estatal.

La Corte Constitucional y el Consejo de Estado, concuerdan en precisar que cuando una persona que se contrata estatalmente para desarrollar actividades en la Entidad Estatal y se deban desarrollar de forma permanente se debe aplicar esa prelación constitucional, ya que legalmente esta prohibido ejercerlas a través de la Ley 80 de 1993 y s.s. modificatorios³⁴. Éstas (actividades) son las propias de su objeto o funciones fijadas por la norma que la creó, la cual, debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Entonces, a la solicitante de ese reconocimiento no sólo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, la subordinación cuando son médicos o auxiliares de enfermería se compone por la recepción de órdenes, el cumplimiento del servicio bajo las mismas condiciones de los demás empleados vinculados laboralment³⁵, la remuneración sino también su permanencia/continuidad del servicio, es decir, que la labor sea inherente al Contratante y a la equidad o similitud, que consiste en el parámetro de comparación con los demás empleados legales y reglamentariamente vinculados, incluso cuando se habla de enfermeras jefe no puede considerarse prestada como no subordinada porque coordina con los demás enfermeros la prestación del servicio de salud bajo las ordenes de la Ley 100 de 1993, entre éstas, suministrar medicamentos y vigilancia de pacientes, lo que no puede suspenderse, es decir, la naturaleza de las funciones permiten inferir la existencia de una subordinación en la prestación del servicio ³⁶.

Aclarado esto, se recuerda que la Sentencia citada por el demandado en sus alegatos para poner de presente la prescripción del derecho a accionar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, no es una sentencia Hito en la línea jurisprudencial, y se puede entender entonces, como lo alegado en tal sentido como la prescripción del medio de control, como sucede en la Legislación Civil. Ello es propio de la facultad del legislador, y no de los organismos jurisdiccionales, lo cual podría afectar el acceso a la administración de justicia.

³³ *Ibíd.* Sentencia de marzo 11 de 2010 y de la Subsección A. Sentencia de marzo 4 de 2010 MP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-614 de 2009.

³⁵ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de mayo 18 de 2011 MP Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

³⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección B. Sentencia de junio 3 de 2010. MP Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Sumado a lo expuesto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en sentencia de unificación de criterio y reiterada la posición por las subsecciones, al fijar la prescripción de los derechos laborales tratándose del principio de la realidad sobre las formalidades estableció

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.

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 operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al 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.³⁷

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 forma³⁸.

Del anterior recuento normativo y jurisprudencial, se extrae que no es de declarar prospera prescripción del derecho a accionar el medio de control en el caso de la parte actora, pues es a partir de la ejecutoria de esta sentencia, que se puede aplicar los efectos del Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969 reglamentario del Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968, por lo que tampoco se le puede reconocer situación diferente a las prestaciones sociales a las que tiene derecho pues es a partir de la presente providencia que se deben cancelar, por ser constitutivas del derecho y es el medio por medio del cual se está removiendo el obstáculo legal planteado en la ley 80 de 1993 en su artículo 32 que de entrada no había podido hacerlo incluso la parte demandada. Además, la prescripción para accionar la nulidad y restablecimiento del derecho, hace parte de la libertad configurativa del legislador, según el art. 150 de la C.N y s.s. sin que corresponda jurisprudencialmente, el crear una norma de orden público irrenunciable y análoga a la caducidad del medio de control.

III. COSTAS

En cuanto a la condena en costas, el Art. 188 de la Ley 1437 de 2011, que impone observar los topes establecidos en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, se analizó la conducta desplegada por el apoderado de la parte demandante, esto es, el actuar una vez otorgado el poder y del tiempo que le llevo interponer la demanda, así como la consignación de los gastos procesales, con relación a la fecha en que se admitió la demanda, a su presencia de esté en cuanto a cada etapa procesal,

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo -Sección Segunda CONSEJERO PONENTE: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009) radicación número: 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05)

³⁸ Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.

así como de la no aplicación del precedente jurisprudencial por parte de la accionada, teniendo en cuenta que existe innumerables sentencias del Consejo de Estado, razones estas suficientes para tasar el pago en costas en un 15% de lo reconocido en esta providencia, referente al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

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,

FALLA:

PRIMERO: Declárese NULO el acto administrativo demandado, sólo en lo que corresponde a la aplicación del artículo 53 de la Constitución Política entre las partes de este litigio, en los períodos señalados en la parte considerativa.

SEGUNDO: CONDENESE a la PARTE DEMANDADA, a pagar los siguientes valores de conformidad a los conceptos que le corresponden, así:

1. Prestaciones sociales dejadas de percibir y constitutivas A TITULO DE REPARACIÓN INDEMNIZATORIA O INDEMNIZACIÓN REPARATORIA, *teniendo como base de liquidación los honorarios pactados* y dentro de los períodos correspondientes a

1. 03/01/1998 a 30/06/2004

2. 02/02/2009 a 31/03/2009

3. 01/04/2009 a 30/06/2009

4. 01/07/2009 a 31/08/2009

5. 03/11/2009 a 30/11/2009

6. 29/01/2010 a 30/06/2010

7. 01/02/2011 a 28/02/2011

8. 01/03/2011 a 31/03/2011

9. 01/04/2011 a 30/04/2011

10. 02/05/2011 a 31/05/2011

11. 01/06/2011 a 31/10/2011

12. 01/11/2011 a 30/11/2011

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

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

TERCERO: Niéguese las restantes pretensiones, según se motivó, reiterando que no hay legitimación en la causa por pasiva para que se autorice la devolución de los impuestos pagados como RETENCIÓN EN LA FUENTE y los demás relacionados en las pretensiones.

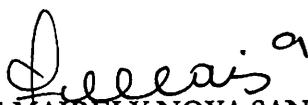
CUARTO: Pago en costas en esta instancia en un 15% de lo reconocido en esta providencia, - conforme al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura -Art. 188 de la Ley 1437 de 2011-, conforme se expresó en la parte motiva de esté proveído.

QUINTO: Ejecutoriada esta providencia, líbrese por secretaria los oficios correspondientes -Art. 192 Inc. final ob cit- y archívese el plenario después de ello.

SEXTO: Sígase el trámite notificadorio del art. 203 de la Citada Ley.

SEPTIMO: Por secretaría, si fuese del caso, verifíquese la foliatura del plenario e incorpórese los DVD de cada audiencia al expediente precediendo cada una; así como, el de la demanda. Surtido el trámite notificadorio de esta providencia y ejecutoriada la misma, de no ser apelada o durante el trámite de la concesión de la apelación se utilizará la figura de la reconstrucción del procedimiento civil para lo aquí descrito, en cuanto al CD de la demanda, entre otros.

NOTIFÍQUESE,


LISSETE MAIRELY NOVA SANTOS
Juez Segunda Administrativa Oral del Circuito

mca