



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, dieciséis (16) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00079-00
Demandante: Yolmary Villareal Herrera.
Demandado: E.S.E. Centro de Salud de Guaranda – Sucre.
Temas: Contrato realidad.

SENTENCIA N° 40

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Siguiendo la regla establecida en los artículos 179 y 182 de la ley 1437 de 2011, procede el Despacho a dictar sentencia de primera instancia, previa observancia de los presupuestos procesales para esto, ausente causal de nulidad que invalide lo actuado e impedimento procesal.

1. ANTECEDENTES.

1. 1. LA DEMANDA

1.1.1. PARTES.

- Demandante: **YOLMARY VILLAREAL HERRERA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 64.702.988 expedida en Sincelejo - Sucre, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA.**

¹ Folio 101 del Expediente.

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad del oficio de fecha 15 de octubre de 2013, recibido en la misma fecha, donde la **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA**, niega el pago de la totalidad de prestaciones sociales y salarios adeudados a la demandante.

Segunda: Que se declare que entre la demandante **YOLMARY VILLAREAL HERRERA** y la **E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA**, existió una relación laboral y subordinada contrato realidad.

Tercera: Que como consecuencia de la anterior declaración, y a título de restablecimiento del derecho, se condene al ente demandado a reconocer, liquidar y pagar a la demandante los salarios correspondientes al pago de los salarios dejados de percibir durante los meses de febrero de 2011 hasta diciembre de 2011, a razón de \$ 862.000,00 pesos mensuales para un total de \$9´484.607,00 pesos, y una indemnización equivalente a las prestaciones sociales que no fueron canceladas al término de su relación laboral, traducidas en el no pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, indemnización por despido injusto, indemnización por mora en la consignación de las cesantías al fondo, devolución de los aportes por concepto de salud, pensión y ARL y parafiscales que se adeudan hasta la fecha de finalización de la relación de trabajo, con los ajustes de ley, intereses moratorios e indexación monetaria correspondiente.

Cuarta: Que la condena respectiva sea actualizada de acuerdo con lo previsto en el artículo 187 y 55 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Quinta: Que se ordene a la entidad demandada dar cumplimiento a la Sentencia, de acuerdo con los artículos 189 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sexta: Fallo Ultra y extra petita.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, estuvo vinculada laboralmente con la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, mediante contratos de prestación de servicios, desde el día 27 de abril de 2008 hasta el día 30 de abril de 2012, prestando sus servicios personales como Auxiliar de Enfermería, en la Sala de Urgencias y Hospitalización de la entidad demandada.

Señala que, cumplía de manera personal, las funciones establecidas en el manual de funciones propias del cargo y demás labores exigidas por el servicio y reglamento institucional de la entidad asistencial de salud, las cuales ejecutaba dentro de las instalaciones del centro de salud demandado y bajo las órdenes del gerente de turno y de la jefe de enfermería, que incluso, en algunas ocasiones debía trasladarse hasta el Hospital de Sincelejo y de San Marcos, en remisión de pacientes.

Refiere que, desarrollaba sus funciones o labores dentro de un horario de trabajo, impuesto por la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GURANDA, en turnos que iban de 07:00 a.m. a 01:00 p.m. o de 01:00 p.m. a 07:00 p.m. y otros turnos de 07:00 a.m. a 07:00 p.m. de lunes a domingo, incluyendo festivos.

Afirma que, el salario pactado como retribución de sus servicios durante la vigencia de la relación, fueron los siguientes: para el año 2008 la suma de \$ 811.908; para el año 2009 la suma de \$874.000; para el año 2010 la suma de \$ 906.001; para el año 2011 la suma de \$ 942.335; para el año 2012 la suma de \$989.451.

Expresa que, el cargo desempeñado corresponde al de auxiliar de enfermería o auxiliar en salud, se encuentra inmerso en la planta de personal del Centro de Salud de Guaranda, como lo está en todos los centros de salud del país, razón por la cual, su creación debe estar incluida en la ley o el reglamento de la entidad, de esa forma se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 122 de la Carta Política de Colombia, habida cuenta, que durante los extremos temporales anotados, tiene la naturaleza y el carácter de EMPLEADO PUBLICO, vinculado de manera irregular y atípica, por lo que es procedente el pago de los salarios adeudados y las prestaciones sociales a que tiene derecho, dotaciones de calzado y vestido de labor, así como también los aportes al régimen de seguridad social en salud y pensiones durante todo el tiempo laborado.

Informa que, realizó la respectiva reclamación administrativa al ente demandado, con fecha 27 de agosto de 2013, petición que fue resuelta por la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, con fecha 15 de octubre de 2013, de manera desfavorable, argumentando que no le asistía derecho alguno.

Agrega que, la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, confesó la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, mediante comunicación de fecha 17 de abril de 2012, por medio de la cual da por terminada la relación de trabajo, al expresar que “... le informamos que su contrato de trabajo a término temporal...” lo cual deja de manifiesto que existió mala fe de la entidad en la forma de contratación, la cual hizo bajo una modalidad atípica e irregular pero con la certeza y convicción de que se encontraba vinculada bajo una relación de tipo laboral o contrato realidad en calidad de empleada pública como auxiliar de enfermería.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

Con la actuación de la entidad demandada se infringieron los siguientes preceptos constitucionales y legales:

Constitución Política: Arts. 1, 2, 25, 53, 58, 122.

Legales: Ley 50 de 1990; Decreto 1045 de 1978.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, el acto administrativo demandado, suscrito por el representante legal de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, esta falsamente motivado, en la medida en que afirma que lo pretendido por la demandante, no es procedente, toda vez que está, no ha tenido relación laboral con dicho centro de salud, afirmación que se aparta de la verdad.

Declara que, la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, se encontraba vinculada laboralmente con el ente demandado, desde el 27 de Abril de 2008 hasta el día 30 de Abril de 2012, a través de contrato de prestación de servicios, ejecutando labores de manera personal e ininterrumpida, cumpliendo con las funciones propias de un empleado, sujeto a órdenes y horarios de trabajo que le asignaban sus superiores.

Arguye que, cumplía horario de trabajo, era subordinada, como quiera que recibía órdenes, y recibía un salario como prestación directa de sus servicios personales, por lo que se generó una relación laboral, observándose, en dicha relación, los tres elementos de la misma, como son:

ACTIVIDAD PERSONAL: es decir, YOLMARY VILLAREAL HERRERA, realizaba personalmente las labores que le encomendaba su jefe inmediato (enfermera de Jefe).

CONTINUADA SUBORDINACION Y DEPENDENCIA DEL TRABAJO RESPECTO DEL PATRONO, que otorga a éste la facultad de imponer un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, tal y como sucedía con la demandante, y,

EL SALARIO como retribución del servicio prestado, aspecto éste que se dio durante todo el tiempo en que duró la relación laboral.

Por ello, se tiene, que si concurren los tres elementos esenciales de la relación laboral, se origina lo que la doctrina ha denominado **CONTRATO REALIDAD**, por ende, al trabajador, solo le bastará acreditar la existencia de dichos elementos, con lo cual se invierte la carga de la prueba para el empleador, quien para desvirtuarla, tendrá que demostrar que el servicio no se prestó bajo la subordinación o dependencia y con el pago de una remuneración, para lo cual no es suficiente afirmar que el trabajador está vinculado mediante órdenes de prestación de servicios suscritas en virtud del artículo 32, numeral 3º de la Ley 80 de 1993, por lo que sin lugar a dudas, al acto demandado le son imputables las causales de **VIOLACION DE LAS NORMAS EN QUE DEBIA FUNDARSE y FALSA MOTIVACION**, en lo que tiene que ver con la primera de las causales, las normas aplicables a la situación de la actora son el artículo 53 Constitucional, la Ley 50 de 1990, en donde se establecen los elementos esenciales para que exista un contrato de trabajo, así como también el **decreto 1045 de 1978**, en donde se trata el tema del pago de prestaciones sociales, todas estas normas armonizadas con las sentencias C-555 de 1994, C-154 de 1997 de la Corte Constitucional y sentencia de fecha 25 de enero de 2001, expediente N°680012315000200100973 01, expedidas por la Sección Segunda del Consejo de Estado.

En lo que tiene que ver con la segunda de las causales planteadas (Falsa Motivación), se tiene que los actos acusados no están soportados en unos verdaderos y serios fundamentos legales, como quiera que se apoya en el Contrato de Prestación de

Servicios, que como se anotó, se refiere a los contratos de prestación de servicios que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, que sólo pueden celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, así las cosas, la demandante ejercía labores propias de un empleado incluido en planta de personal, con funciones detalladas y sin requerir conocimientos especializados.

En este orden de ideas, los fundamentos del acto acusado, como ya se dijo, son contrarios al precepto consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, que pregona la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, como quiera que aquí se encuentra probada la existencia de un contrato realidad, configurado con la ocurrencia de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo, toda vez que mi representada cumplía continuamente con las órdenes impartidas por sus superiores, cumplía horarios de trabajo y realizaba personalmente la labor encomendada y percibía un salario como retribución por sus servicios.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 01 de abril de 2014².
- El Despacho mediante auto del 22 de mayo de 2014³ admitió la demanda, decisión notificada a través de correo electrónico N° 50 del 08 de mayo de 2014⁴.
- La demanda fue notificada a las partes el 07 de julio de 2014⁵.
- La entidad demanda presentó memorial contestando la demanda con fecha 26 de septiembre de 2014⁶.
- Por auto de fecha 28 de noviembre de 2014⁷, se dio por no contestada la demanda por parte de la entidad demandada, reconociéndole personería jurídica para actuar como apoderado de la entidad demandada al doctor VÍCTOR ALFONSO VILLADIEGO BERNAL, y se fijó el día 21 de julio de 2015 a partir de las 10:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.

² Folio 103 del Expediente

³ Folio 128 del Expediente.

⁴ Folio 128 BIS del Expediente.

⁵ Folio 131-133 del Expediente.

⁶ Folio 140-160 del Expediente.

⁷ Folio 163 del Expediente.

- Con fecha 24 de abril de 2015⁸, la representante legal de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, otorga nuevo poder a la doctora CINDY LORENA CANCHILA GUEVARA, para que ejerza la representación judicial del ente demandado dentro de la presente actuación.
- El día 21 de julio de 2015⁹, se llevó a cabo audiencia inicial, se reconoce personería jurídica a la doctora CINDY LORENA CANCHILA GUEVARA, como apoderada de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, fijando fecha para audiencia de pruebas, para el día 14 de octubre de 2015 a partir de las 09:00 a.m.
- Mediante auto de fecha 23 de octubre de 2015¹⁰, se fija nueva fecha para realización de audiencia de pruebas, para el día 23 de febrero de 2016 a partir de las 03:00 p.m.
- Con fecha 23 de febrero de 2016¹¹, se lleva a cabo audiencia de pruebas, corriendo traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.
- El apoderado de la parte demandante, mediante memorial presentado ante este despacho con fecha 08 de marzo de 2016¹², aporta alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹³.

Mediante providencia de fecha 28 de noviembre de 2014, se dio por no contestada la demanda, por haber sido presentado el respectivo escrito por fuera del término legalmente establecido.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE¹⁴:

Alega que tal y como fue manifestado en la demanda, lo que existió entre la demandante y la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GURANDA, fue una verdadera relación laboral, que fue desdibujada por el ente demandado, para evitar el pago de las prestaciones sociales y todos los emolumentos laborales que le son obligados a

⁸ Folio 171 del Expediente.

⁹ Folio 176-178 del Expediente.

¹⁰ Folio 184 del Expediente.

¹¹ Folio 187-188 del Expediente.

¹² Folio 191-194 del Expediente.

¹³ Fols. 147-160 del Expediente.

¹⁴ Folio 191-194 del Expediente.

pagar con una relación de trabajo, desconociendo, que la actividad personal subordinada realizada por la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, como auxiliar de enfermería, fue continua e ininterrumpida como cualquier otro trabajador de planta, violando no solo normas de orden constitucional, sino jurisprudencial.

Aduce que, del material probatorio aportado a la demanda y de las testimoniales rendidas por los señores AILSA DE JESÚS ALFARO PEINADO y MANUEL VILLAREAL PAYARES, ambos compañeros de trabajo de la demandante, se da fe de manera fidedigna, de su vinculación en calidad de auxiliar de enfermería, de la subordinación y dependencia de ésta a su empleador, lo cual configura de manera fehaciente, los tres elementos de la relación de trabajo con la entidad demandada. Continúa diciendo, que de igual manera se demostró, que el CENTRO DE SALUD DE GURANDA, durante el tiempo que duró la relación laboral, no le canceló a la actora, los salarios correspondientes a los meses de febrero de 2011 hasta diciembre de 2011, a razón de \$862.000 mensuales, para un total de \$9.484.607, además de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales producto de la relación laboral.

Expone que de manera protuberante, el ente accionado le da toda la razón a la demandante con la contestación de la petición impetrada, argumentando que no existe documento que acredite la existencia de una vinculación de tipo laboral y que la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, prestó sus servicios a la entidad demandada, mediante órdenes de prestación de servicios, suscritas en virtud del artículo 32 N° 3 de la ley 80 de 1993, normatividad esta que se refiere a los contratos de prestación de servicios que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades propias relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, que solo pueden celebrarse con personas naturales, cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, así las cosas, la demandante ejercía labores propias de un empleado incluido en planta de personal, con funciones detalladas y sin requerir conocimientos especializados, pues resulta ilógico y poco razonable que en una entidad de servicios hospitalarios y asistenciales no exista en la planta de personal un cargo igual o similar al de auxiliar de enfermería.

En el caso en examen, la entidad demandada se niega a pagar las prestaciones sociales, que por derecho le asisten a la demandante. La accionante cumplía horario de trabajo, era subordinada y recibió un salario como prestación directa de sus servicios

personales, por lo que dicha prestación de servicio génera una relación laboral, observándose los tres elementos de la misma como lo son la actividad personal, la continuada subordinación y dependencia del trabajador con respecto del patrono y el salario.

Por ello se tiene, que si concurren los tres elementos esenciales de la relación laboral y se origina lo que la doctrina a denominado contrato realidad, al trabajador solo le bastará acreditar la existencia de los mencionados elementos, con lo cual se invierte la carga de la prueba para el empleador, quien para desvirtuarla, tendrá que demostrar que el servicio no se prestó bajo la subordinación o dependencia y con el pago de una remuneración, lo cual no ocurre en el caso que nos ocupa donde se acreditó con las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, el elemento subordinación que distingue la relación de trabajo con otro tipo de vinculación de prestación de servicios.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA: No presentó alegatos de conclusión.

1.4.3. MINISTERIO DE PÚBLICO: Se abstuvo de emitir concepto de fondo.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA:

El Juzgado es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente demanda, conforme lo establece el artículo 155 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Así mismo, se advierte el cumplimiento de los presupuestos procesales y ausencia de causa de nulidad que invalide lo actuado.

2.2. ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

Se pretende la nulidad del acto administrativo contenido en el oficio de fecha 15 de octubre de 2013, expedido por el Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, mediante la cual se negó el reconocimiento de la relación laboral existente entre la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA y la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, el pago de los salarios correspondientes a los meses de febrero

hasta diciembre de 2011, y el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, durante el tiempo que la actora se desempeñó como auxiliar de Enfermería, contratada bajo la modalidad de Órdenes de Prestación de Servicios.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿Se encuentran acreditados los elementos de la relación laboral que den lugar a la declaratoria del contrato realidad de la demandante con la E.S.E CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, como Auxiliar de Enfermería, durante los períodos comprendidos del 27 de abril de 2008 hasta el 30 de abril de 2012?

Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) Línea jurisprudencial frente al contrato realidad (ii) Marco jurisprudencial y normativo del contrato realidad de contratistas de Empresas Sociales del Estado (iii) caso concreto.

2.4. CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS –CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO REALIDAD EN EL SECTOR PÚBLICO. MARCO JURISPRUDENCIAL.

En sentencia C – 154 de 1997, la Corte Constitucional estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el contrato de prestación de servicios, de la siguiente manera:

“Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales -contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

En sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B", C.P: Víctor Hernando Alvarado Ardila, 17 de marzo de 2011, Radicación número: 47001-23-31-000-2005-00818-01(1017- 10), se dijo:

“El tema del contrato de prestación de servicios ha generado importantes debates judiciales; sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 197116, con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre tal contrato y el de carácter laboral. Lo anterior significa que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestran los tres elementos que caracterizan una relación laboral, pero de manera fundamental cuando se comprueba la subordinación o dependencia respecto del empleador¹⁷, evento en el cual surge el derecho al pago de prestaciones sociales a favor del contratista en aplicación inicialmente del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación. Al respecto, esta Corporación en fallos como el del 23 de junio de 2005 proferido dentro del expediente No. 0245 por el Dr. Jesús María Lemos Bustamante, ha reiterado la necesidad de que se acrediten fehacientemente los tres elementos propios de una relación de trabajo, pero en especial que se demuestre que la labor se prestó en forma subordinada y dependiente respecto del empleador. Tal tesis, se contrapone a la Jurisprudencia anterior en la que se sostuvo que entre contratante y contratista podía existir una relación de coordinación en sus actividades, de manera que concurra un sometimiento a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de horario, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o de tener que reportar informes sobre sus resultados, sin que ello signifique necesariamente la configuración del elemento de subordinación. Así se estipuló en sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039 M.P. Nicolás Pájaro Peñaranda. El razonamiento fue replanteado

por la Sección Segunda, que en fallos como el inicialmente citado del 23 de junio de 2005, volvió a la tesis primigenia que había sido trazada ya desde la sentencia del 18 de marzo de 1999, con ponencia del Magistrado Flavio Rodríguez Arce (Exp. 11722 – 1198/98). De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

(...).

Se ha concretado el tratamiento jurisprudencial de los contratos realidad, de donde se concluye en cuanto a su configuración, que constituye un requisito indispensable para demostrar la existencia de una relación de trabajo, que el interesado acredite en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público, siempre y cuando la subordinación que se alega no se enmarque simplemente en una relación de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato, en virtud de las particularidades de la actividad para la cual fue suscrito. Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de subordinación, que como se mencionó, es el que desentraña fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta¹⁸, lo que obliga al análisis del conjunto probatorio que acompaña el expediente en aras de establecer las condiciones reales de prestación del servicio en éste caso”.

El Tribunal Administrativo de Sucre, en sentencia del 26 de septiembre de 2013, manifestó frente a la posibilidad que exista una relación laboral, que no precisamente sea conducida por la celebración de contratos de prestación de servicios, partiendo de precisiones jurisprudenciales hechas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, que:

“... Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha puntualizado que, es claro que en la realidad los municipios, y Estado en general, en ocasiones se benefician del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral en forma. Pero eso no significa que no haya vinculación laboral. Aceptar que sólo la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es concederle primacía a la forma sobre la realidad; eso es tanto como desconocer la Constitución; porque esta última ordena justamente lo contrario: concederle primacía a la realidad sobre las formas (art. 53 C.P.)

Por tanto, cuando la justicia advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinadamente a un ente territorial, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver a dicha administración; podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa; pero si hay razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia debe decidir el fondo de cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado; en caso afirmativo condenar a aquella entidad al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar”.

2.4.1. LA INDEMNIZACIÓN EN EL CONTRATO REALIDAD.

La tesis que actualmente maneja el Honorable Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, que sigue los lineamientos del Honorable Consejo de Estado, al momento de indemnizar este tipo de controversias, se limita a condenar al pago de las prestaciones sociales ordinarias que devenga un empleado público en similar situación, pero liquidadas conforme se pactó en el contrato de prestación de servicios.

En efecto al respecto se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“PRESTACIONES SOCIALES”¹⁵

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SECC.SEGUNDA C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 19 febrero 2009.Rad:3074-05
Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

Una de las consecuencias de la relación laboral es precisamente otorgar al trabajador los derechos, obligaciones y beneficios inherentes a su condición, siendo la justificación principal para reconocer dicho status.

Este tema no ha sido ajeno a la Sección Segunda de esta Corporación, que se ha pronunciado en reiteradas sentencias sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

Mediante providencia de 16 de febrero de 2005, M. P. Tarsicio Cáceres Toro, Exp. 3130-04, reconoció el pago de una indemnización equivalente a las prestaciones sociales ordinarias liquidadas, de la siguiente manera:

*“En esas condiciones, aunque realmente **no se trata de una relación legal y reglamentaria**, no es menos cierto que la persona que labora en esas condiciones lo hace en forma similar al empleado público con funciones administrativas de apoyo para el personal de salud, que si es esencial para el objeto del Ente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta los principios de equidad e igualdad, hasta donde es posible admitir, la Jurisdicción ha aceptado que es procedente reconocer **al contratista unos derechos consistentes en el reconocimiento y pago de INDEMNIZACION por lo que ha dejado de percibir en forma equivalente a las prestaciones sociales ordinarias que reciben esa clase de empleados de la entidad pero liquidables teniendo en cuenta los “honorarios” pactados en los contratos.**”(Negrilla del texto)*

Dicho argumento es justificado, en que como quien pretende demostrar el contrato realidad, no ostenta la calidad legal de empleado público, carece del derecho al pago de todas las prestaciones sociales a las que tendría derecho un servidor en estas condiciones, tal como se desprende de la siguiente providencia:

“La condena al pago de prestaciones sociales en favor de la parte actora, en igualdad de condiciones a un educador oficial.

*En la sentencia de nov. 30/00 se expresó que **no es de recibo** porque, como ya se dijo, el régimen prestacional tiene unos destinatarios que son los empleados públicos y trabajadores oficiales, calidad que en verdad la Parte demandante no tenía en el lapso discutido.*

Agregó, que no obstante, en aras de preservar la equidad hasta donde es posible, la Jurisdicción ha accedido a reconocer a título de INDEMNIZACION, el equivalente a las prestaciones sociales que perciben los docentes oficiales (de la respectiva Entidad

Contratante), tomando el valor de lo pactado en el contrato de prestación de servicios, como base para la liquidación de la indemnización, tal como se expresó claramente en la Sentencia de marzo 18/98 del Exp. No. 11722 – 1198/98, de la Sección 2ª de esta Corporación, con ponencia del Dr. Flavio Rodríguez.

Y para tal efecto, se deben determinar inicialmente cuáles son esas prestaciones ordinarias a que tienen derecho los educadores oficiales (v.gr. prima de navidad, cesantía, etc.) Y la forma de su liquidación (v.gr. número de días y valores, etc.), para después calcular, teniendo en cuenta esos parámetros y el valor de esas prestaciones que no pudieron devengar, conforme a los honorarios pactados.”¹⁶

2.4.2. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

Cuando se trata de demostrar la existencia de un contrato realidad, la carga probatoria de los elementos de dicho contrato, incumbe exclusivamente a quien alega la figura, o espera ser cobijado por el amparo que brinda el principio de la primacía de la realidad, esto es, la persona vinculada mediante el contrato de prestación de servicios y que acude en sede judicial a solicitar la protección de sus derechos.

Tal subordinación que no es física, sino de tipo jurídico, involucra la posibilidad del contratante del servicio para disponer de la fuerza de trabajo conforme mejor conviene a los intereses de la entidad, con la posibilidad latente de dar órdenes e instrucciones al empleado respecto la cantidad, forma, tiempo y calidad del servicio que se presta.

En providencia de fecha 21 de mayo de 2009, con ponencia del Consejero, Gerardo Arenas Monsalve, el Consejo de Estado señaló:

“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 a modo, tiempo o

¹⁶ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.

cantidad de trabajo e imponerles reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

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 para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de dar cumplimiento al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral”¹⁷.

2.5. MARCO JURISPRUDENCIAL Y NORMATIVO DEL CONTRATO REALIDAD DE LOS CONTRATISTAS DE LAS EMPRESAS SOCIALES DEL ESTADO.

Sobre este aspecto, en sentencia del 4 de marzo de 2010, en los casos de prestación de servicios médicos, el Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo manifestó:

“De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se recoge, que para acreditar la existencia de una relación laboral, es necesario probar los tres elementos inicialmente referidos, pero especialmente, que el supuesto contratista desempeñó una función pública en las mismas condiciones de subordinación y dependencia que sujetarían a cualquier otro servidor público, constatando de ésta manera, que las actividades realizadas no son de aquellas indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales.

La Sala ha hecho prevalecer entonces, la aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas, cuyos supuestos fácticos deben ser materia de prueba.

Así, cuando se logra desvirtuar el contrato de prestación de servicios, se ha concluido el necesario reconocimiento de las prestaciones sociales causadas por el periodo realmente laborado, atendiendo a la causa jurídica que sustenta verdaderamente dicho restablecimiento, que no es otra que la relación laboral encubierta bajo un contrato estatal, en aplicación de los principios de igualdad y de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política respectivamente, superándose de ésta manera la

¹⁷Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

prolongada tesis que prohijaba la figura indemnizatoria como resarcimiento de los derechos laborales conculcados.

(...).

En reiteradas ocasiones 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; de manera que en atención 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 ha habilitado 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.

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 por disposición expresa de la Ley 10 de 1990 que reorganizó el Sistema Nacional de Salud, la especialidad de que se revisten los servicios Médicos -tratándose 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 al extralimitar el contenido real y la naturaleza de un contrato de prestación de servicios, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios no quepa la figura del contrato realidad, desde luego, cuando a ello haya lugar, más cuando la prestación del servicio de salud constituye una función pública a cargo del Estado, inherente al objeto de las Entidades Estatales prestadoras del mismo.

Así, aun cuando el objeto del contrato haya sido la prestación de servicios Médicos Generales, 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 posibilita el reconocimiento del contrato realidad en tales casos.

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.

Así las cosas, debe revisarse en cada caso las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta Jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso”. (Subraya fuera del texto).

En sentencia de fecha 30 de marzo de 2016 el Tribunal Administrativo de Sucre concluyó.

“A partir de lo anotado, para los casos del personal vinculado al sector de la salud, concretamente a la prestación de servicios médicos y/o de enfermería, si bien es cierto, que la ley permite la vinculación de este personal a través contratos de prestación de servicios, a entidades hospitalarias, a efectos de prestar servicios de manera especializada, que propugne por el avance y la actualización científica, sin que signifique el surgimiento de derechos laborales, también lo es, que en ciertos eventos, muy específicos, no siempre, las empresas sociales del Estado, deben acudir a esta modalidad de vinculación laboral con la administración; como por ejemplo, cuando se requiera vincular a médicos, enfermeras, o auxiliares de enfermería, entre otros profesionales de la salud, con el propósito que desempeñen labores y funciones similares al personal de planta permanente, con las mismas condiciones profesionales, pues, de necesitar a profesionales de la salud, para el cumplimiento de las funciones anotadas, deben acudir a la creación de cargos y no a la contratación de prestación de servicios, en razón a que se propiciaría las denominadas “nóminas paralelas”, lo cual, no es el fin del vínculo contractual.

Cuando las empresas sociales del Estado, vinculen profesionales del área de la salud, mediante contratos de prestación de servicios, para que presten unos

servicios iguales o semejantes, a lo que prestan los vinculados a la planta de personal de la entidad, sin que éstos profesionales de la salud, tengan la condición de especializados, añadiendo que si ese servicio se presta de manera permanente y continua, se estaría ante una inminente relación laboral, inmiscuida en un contrato de prestación de servicios, que en la forma recibe esa denominación, empero, en la realidad, ostentan todas las condiciones de una vinculación laboral.

En ese contexto, el servicio prestado por ese contratista del área de la salud, hace parte del objeto y el giro normal de las funciones primordiales de la entidad, lo cual hace, que tenga cierta sujeción o dependencia, con las directrices y políticas, que adopten las directivas de esa institución.

2.6. ANÁLISIS DE LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD EN EL CASO CONCRETO.

Resumiendo, la controversia gira en torno a la existencia de una relación laboral, la que según la demandante surge porque estuvo vinculada con la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, de forma continua mediante órdenes de prestación de servicios, bajo subordinación y dependencia del superior, y percibiendo una remuneración por su labor.

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Copia de reclamación administrativa presentada el 27 de agosto de 2015¹⁸,
- Copia de contestación a reclamación, de fecha 15 de octubre de 2013¹⁹.
- Contrato Prestación de Servicios 031 de fecha marzo 27 del 2008²⁰, por el término de 3 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 051 de fecha 1º de julio de 2008²¹, por el término de 3 meses.
- Contrato de prestación de Servicios 103 de fecha 1 de diciembre de 2008²², por término un mes.

¹⁸ Folio 19-21 del Expediente.

¹⁹ Folio 22-23 del Expediente.

²⁰ Folio 24-25 del Expediente.

²¹ Folio 26-27 del Expediente.

²² Folio 28-29 del Expediente.

- Contrato de Prestación de Servicios 026 del 16 de enero de 2009²³, por el término de 15 días.
- Contrato de Prestación de Servicios 036 de fecha 1º de febrero de 2009²⁴, por el término de 3 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 082 de fecha 1º de mayo de 2009²⁵, por el término de 3 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 0126 de fecha 1º de agosto de 2009²⁶, por el término de 3 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 166 de noviembre de 2009²⁷, por el término de 2 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 014 de 1º de enero de 2010²⁸, por el término de 3 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 052 de 1º de mayo de 2010²⁹, por el término de 4 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 100 de 1º de septiembre de 2010³⁰, por el término de 1 mes.
- Contrato de Prestación de Servicios 105 de 1º de octubre de 2010³¹, por el término 1 mes.
- Contrato de Prestación de Servicios 016 de 1º de enero de 2011³², por el término de 3 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 044 de 1º de abril de 2011³³, por el término de 1 mes.
- Contrato de Prestación de Servicios 064 de 1º de mayo de 2011³⁴, por el término de 2 meses.
- Contrato de Prestación de Servicios 095 de 1º de julio de 2011³⁵, por el término de 1 mes.
- Contrato de Prestación de Servicios 137 de 1º de agosto de 2011³⁶, por el término de 2 meses.

²³ Folio 30-31 del Expediente.

²⁴ Folio 32-33 del Expediente.

²⁵ Folio 34-35 del Expediente.

²⁶ Folio 36-37 del Expediente.

²⁷ Folio 38-39 del Expediente.

²⁸ Folio 40-41 del Expediente.

²⁹ Folio 42-43 del Expediente.

³⁰ Folio 44-45 del Expediente.

³¹ Folio 46-47 del Expediente.

³² Folio 48-49 del Expediente.

³³ Folio 50-51 del Expediente.

³⁴ Folio 52-53 del Expediente.

³⁵ Folio 54-55 del Expediente.

³⁶ Folio 56-57 del Expediente.

- Contrato de Prestación de Servicios 168 de 1º de octubre de 2011³⁷, por el término de 1 mes.
- Contrato de Prestación de Servicios 197 de 1º de noviembre de 2011³⁸, por el término de 2 meses.
- Contrato de Trabajo a Término Temporal con Salario Integral 005-2012 de 2 de enero de 2012³⁹, por 2 meses.
- Contrato de Trabajo a Término Temporal con Salario Integral 034-2012 de 1º de marzo de 2012⁴⁰, por un mes.
- Contrato de Trabajo a Término Temporal con Salario Integral 061-2012 de 20 de marzo de 2012⁴¹, vigente desde 1º de abril de 2012 hasta 31 de diciembre de 2012, por 09 meses.
- Oficio de fecha 17 de abril de 2012⁴² expedido por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, por medio del cual se da por terminado el contrato de trabajo a término temporal a fecha 30 de abril de 2012.
- Oficio de fecha diciembre 13 de 2012⁴³, expedido por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, mediante el cual se certifica, honorarios adeudados a la demandante.
- Copia de las planillas contentivas de los horarios de trabajo⁴⁴, de las auxiliares de enfermería de la ESE CENTRO DE SALUD DE GUARANDA donde se encuentra la accionante, de los meses de febrero a noviembre de 2011 y los meses de enero, febrero y marzo de 2012.
- Acta de Conciliación Extrajudicial, celebrada entre las partes con fecha 18 de marzo de 2014⁴⁵, ante la Procuraduría 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo, con resultado fallido.
- Constancia de no conciliación de fecha 18 de marzo de 2014⁴⁶, expedida por la señora Procuradora 103 Judicial I para Asuntos Administrativos de Sincelejo.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, anteriormente relacionadas, se encuentra acreditado que la demandante señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, suscribió varias órdenes de servicios con la E.S.E CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, desempeñando para el efecto el cargo de Auxiliar en el Área

³⁷ Folio 58-59 del Expediente.

³⁸ Folio 60-61 del Expediente.

³⁹ Folio 62-63 del Expediente.

⁴⁰ Folio 64-65 del Expediente.

⁴¹ Folio 66-67 del Expediente.

⁴² Folio 68 del Expediente.

⁴³ Folio 69-70 del Expediente.

⁴⁴ Folio 71-82 del Expediente.

⁴⁵ Folio 99 del Expediente.

⁴⁶ Folio 100 del Expediente.

de la Salud – Auxiliar de Enfermería, cuyo objeto era “Prestar los servicios como auxiliar en el área de la salud al CENTRO DE SALUD GUARANDA E.S.E.”, en los períodos comprendidos del 27 de marzo al 27 de junio de 2008⁴⁷; del 01 de julio al 01 de octubre de 2008⁴⁸, del 01 de diciembre de 2008 al 01 de enero de 2009⁴⁹, del 16 de enero hasta el 31 de enero de 2009⁵⁰, del 01 de febrero al 01 de mayo de 2009⁵¹, del 01 de mayo al 01 de agosto de 2009⁵², del 01 de agosto al 01 de noviembre de 2009⁵³, del 01 de noviembre al 01 de enero de 2010⁵⁴, del 01 de septiembre al 01 de octubre de 2010⁵⁵, del 01 del 01 de octubre al 01 de noviembre de 2010⁵⁶, del 01 de enero al 01 de abril de 2011⁵⁷, del 01 de abril al 01 de mayo de 2011⁵⁸, del 01 de mayo al 01 de julio de 2011⁵⁹, del 01 de julio al 01 de agosto de 2011⁶⁰, del 01 de agosto al 01 de octubre de 2011⁶¹, del 01 de octubre al 01 de noviembre re de 2011⁶², del 01 de noviembre al 30 de diciembre de 2011⁶³, del 02 de enero al 28 de febrero de 2012⁶⁴, del 01 de marzo hasta el 31 de marzo de 2012⁶⁵, y del 01 de abril al 31 de diciembre de 2012⁶⁶ con ejecución hasta el día 30 de abril de 2012, Con remuneración equivalente para el año 2008 de \$811.908, para el año 2009 de \$874,181, para el año 2010 de 906.001, para el año 2011 de \$942.335, y para el año 2012 de \$989.451.

Además de ello, la demandante suscribió contrato de prestación de servicios, desempeñándose para tal efecto como almacenista en la E.S.E CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, cuyo objeto era “prestar los servicios como almacenista al CENTRO DE SALUD GUARANDA E.S.E.” en los períodos comprendidos del 01 de enero de 2010 al 01 de abril de 2010⁶⁷, y del 01 de mayo de 2010 al 01 de septiembre de 2010⁶⁸, con remuneración equivalente a \$906.001.

⁴⁷ Folio 24-25 del Expediente.

⁴⁸ Folio 26-27 del Expediente.

⁴⁹ Folio 28-29 del Expediente.

⁵⁰ Folio 30-31 del Expediente.

⁵¹ Folio 32-33 del Expediente.

⁵² Folio 34-35 del Expediente.

⁵³ Folio 36-37 del Expediente.

⁵⁴ Folio 38-39 del Expediente.

⁵⁵ Folio 44-45 del Expediente.

⁵⁶ Folio 46-47 del Expediente.

⁵⁷ Folio 48-49 del Expediente.

⁵⁸ Folio 50-51 del Expediente.

⁵⁹ Folio 52-53 del Expediente.

⁶⁰ Folio 54-55 del Expediente.

⁶¹ Folio 56-57 del Expediente.

⁶² Folio 58-59 del Expediente.

⁶³ Folio 60-61 del Expediente.

⁶⁴ Folio 62-63 del Expediente.

⁶⁵ Folio 64-65 del Expediente.

⁶⁶ Folio 66-67 del Expediente.

⁶⁷ Folio 40-41 del Expediente.

⁶⁸ Folio 42-43 del Expediente.

Sumado a lo anterior, igualmente se encuentra probado en el sumario, que la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, suscribió contrato de prestación de servicios, desempeñándose para tal efecto como Auxiliar del Área de Vacunación en la E.S.E CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, cuyo objeto era “prestar los servicios como auxiliar del área de vacunación al CENTRO DE SALUD GUARANDA E.S.E.” en el periodo comprendido entre el 01 de septiembre de 2010 al 01 de octubre de 2010, con remuneración equivalente a \$906.001.

Es pertinente dejar sentado, que frente a las pruebas arrimadas al proceso, se tiene certeza, que la labor desempeñada por la demandante en la entidad demandada, correspondió durante toda la vigencia de la relación, realmente a la de una Auxiliar de Enfermería, cuya equivalencia según lo normado en el decreto 785 de 2005 es el cargo de Auxiliar en el Área de Salud. Así se desprende de los cuadros de turno allegados por la parte actora visibles a folio 71 a 82 del expediente y de la declaración de la señora DAILSA DE JESÚS ALFARO PEINADO, quien sobre el particular manifestó:

“Preguntado: Para efectos de que quede plenamente identificada, le voy a pedir el favor que me dé su nombre completo, su edad, su domicilio, a que se dedica, los estudios realizados y qué relación tiene con las partes en litigio, es decir con la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA y la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA.

Contestó: Buenas tardes para todos, mi nombre es DAILSA DE JESUS ALFARO PEINADO, tengo 38 años, mi número de cedula es 42.365.904 de Guaranda, casada, madre de dos hijos, vivo en el corregimiento de las Pavas, a 15 minutos de Guaranda, soy auxiliar de enfermería, compañera y amiga de trabajo de YOLMARY VILLAREAL HERRERA.

Preguntado: Comuníqueme al despacho o infórmele a este estrado, que le consta o que sabe usted, de la situación laboral o de la situación de la prestación de servicios de la señora YOLMARY con la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA.

Contestó: Bueno, lo que conozco, lo que se conoce, es que trabajó desde el mes de abril del 2008 hasta el 30 del mes de abril de 2012, como auxiliar en el área de urgencias y hospitalización y su sueldo, sus horarios de trabajo no han sido cancelados.

Preguntado: Porque le consta todo eso que usted me relata, en cuanto a la prestación de servicios, detálleme un poco más por qué le consta que a la señora YOLMARY, no le cancelaron y los pormenores de la situación de ella con la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA.

Contestó: Porque fui su compañera de trabajo, en todo ese tiempo que estuve allí, viví con ella todo eso, y estoy viviendo porque también soy una afectada de ese mismo caso.

Preguntado: Cuando usted manifiesta

en todo ese tiempo, podría usted particularizarle al despacho las fechas de prestación de servicios en la que concurrió con la señora YOLMARY en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA. **Contestó:** Si le puedo decir porque yo tuve la oportunidad de entrar a trabajar el 12 de febrero de 2008 y ella entró a trabajar en el mes de abril, dos meses después, vivimos juntas todas las amargas y alegres en esa institución hasta el día que ella salió que yo también salí un mes antes. **Preguntado:** Tiene usted conocimiento de cuales eran en detalles las funciones que desempeñaba la señora YOLAMRY al interior de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA. **Contestó:** Ella era como auxiliar de urgencias, le correspondía todo lo que se manejaba, lo que llegaba a urgencias, lo que había en hospitalización, las remisiones que había que hacer, allí estábamos presentes.

...

Preguntado: Sírvase decir la declarante, si usted le consta el salario que devengo la señora YOLMARY VILLAREAL, durante toda la relación de trabajo que usted acaba de expresar. **Contestó:** Le puedo decir que sí, porque comenzamos ganando \$820.000, no puedo relatar precio exacto, pero más o menos \$820.000 y terminamos ganando \$970.000.”

Del fragmento de la declaración transcritas y de las pruebas documentales arrimadas e incorporadas a la actuación, se puede constatar que para el cumplimiento de la labor contratada, la actora debió prestar sus servicios personalmente y percibir por ello, unos honorarios establecidos en las distintas órdenes de servicios suscritas, en las que se pactó el valor y la forma de pago, con ello se reafirma la configuración de los dos primeros elementos de la relación laboral, estos es i) prestación personal del servicio y ii) remuneración.

En relación con el elemento subordinación, como antes se mencionó, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, la misma se encuentra demostrada, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello y que permite al Despacho afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente, y por el contrario, como se acreditó en el plenario, esta debía someterse a horario de trabajo, lo cual es muestra en este particular evento de existencia de subordinación.

En efecto, revisado el expediente, se avizora copia simple de la planilla del horario⁶⁹ asignado a la actora, para los servicios prestados en el CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, correspondiente a los meses de febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, noviembre de 2011 y a enero, marzo y abril de 2012, en el cual, el nombre de la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, aparece claramente relacionado, documento que fue aportado por la parte demandante, sin que existiera contradicción alguna.

Sumado a ello se tiene la declaración de la señora DAILSA DE JESÚS ALFARO PEINADO, la cual permite darle mayor claridad al despacho sobre la relación laboral que la demandante mantuvo con la entidad demandada, en especial, si aquella estuvo o no sujeta a subordinación, en atención a que la declarante como bien lo afirmo en su testimonial, en apartes ya transcritos, laboró con la señora YOLMARY VILLAREAL, en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, desempeñando el mismo cargo de Auxiliar de Enfermería. Para el efecto, se destacan citas relevantes de la declaración de la señora DAILSA DE JESÚS ALFARO PEINADO, para este litigio.

“Preguntado: Le solicito a la declarante, nos informe, quien de los directivos de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, elaboraba los horarios y quienes le ordenaban a esa auxiliar de enfermería el cumplimiento de los mismos, refiéranos sus nombres. **Contestó:** A nosotras nos daban los horarios, nos lo hacía llegar la jefe de enfermería, nuestra jefe de enfermería que teníamos en el momento, a ella le ordenaba el Gerente de la E.S.E. **Preguntado:** Sírvase decir la declarante que implementos de trabajo, utilizaba la actora YOLMARY VILLAREAL, para el desempeño de sus funciones como auxiliar de enfermería y quien se los suministraba. **Contestó:** Los implementos que ella utilizaba era su vestido de enfermería y eso era puesto por ella misma. No la empresa sino ella misma. **Preguntado:** Sírvase decir la declarante, si le consta y por qué le consta que a la señora YOLMARY VILLAREAL, le era obligatorio trabajar domingos y festivos en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA – SUCRE, por orden de quien lo hacía. **Contestó:** Me consta porque yo soy compañera de trabajo de ella y también me tocaba hacer lo mismo que a ella. **Preguntado:** Sírvase decir la declarante si la señora YOLMARY VILLAREAL, estuvo vinculada directamente por la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GURANDA, o si por el contrario, la misma era pre-contratada por una cooperativa, en caso positivo,

⁶⁹ Folio 71-82 del Expediente.

explíquenos en qué período fue suministrada por cooperativa y en qué casos ya estaba directamente con la E.S.E. **Contestó:** No ella era contratada directamente por la E.S.E. municipal.

El testimonio rendido por la señora DAILSA DE JESÚS ALFARO PEINADO, permite, probar el elemento subordinación, dado que muestra la sujeción de la actora a una jornada de trabajo, el cumplimiento de turnos previamente asignados; órdenes y directrices impartidas por la jefe de enfermería de la entidad o unidad, así como la ausencia de autonomía e independencia de ésta en la realización de las funciones.

Así las cosas, el supuesto fáctico probado a la luz de los argumentos expuestos, llevan a concluir que se está en presencia de una verdadera relación laboral subordinada, con presencia de los criterios de continuidad y permanencia establecidos por la Corte Constitucional, disfrazada bajo el ropaje de contratos de prestación de servicios y/o ordenes laborales – contratos de trabajo a término temporal, razón por la cual en aplicación de los postulados fundamentales establecidos en los artículos 25 y 53⁷⁰ de la Constitución Política, citados como normas violadas, se declarará la nulidad del acto administrativo demandado, mediante los cuales se negó el reconocimiento de las prestaciones sociales de la accionante en virtud de su labor como Auxiliar del Área de la Salud - Auxiliar de Enfermería, en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA.

Para reafirmar tal conclusión, respecto al caso concreto, es importante resaltar que el objeto de las entidades hospitalarias, previsto en la Ley 10 de 1990 y la Ley 100 de 1993, hace entrever, que las funciones desempeñadas por la actora, son propias del giro normal de los servicios de salud que se prestan. Al respecto, debe precisarse además, que el cargo de Auxiliar en el área de la salud equivalente del de Auxiliar de Enfermería, se encuentra previsto como un empleo público del nivel asistencial dentro del Sistema Nacional de Salud; la organización del Subsector Oficial de Salud de las Entidades Territoriales y sus entes descentralizados, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, y Decreto 785 de marzo 17 de 2005, que estableció el sistema de nomenclatura y clasificación y funciones y requisitos generales de los empleos de las

⁷⁰Y es, a esta especial protección al trabajo, a la cual el Despacho le da prevalencia en virtud de mandato constitucional contenido en el artículo 25 de la C. P., sin olvidar igualmente que el trabajo es un derecho fundamental que debe ser garantizado en condiciones dignas y justas, dentro de las cuales esta, el derecho a recibir los beneficios laborales que se generan por la prestación personal de un servicio subordinado.

entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004, lo que permite concluir que se está en presencia de actividades inherentes a la esencia y objeto de la entidad convocada como prestadora del servicio público de salud.

“ARTICULO 3o. DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MÍNIMOS. Establecerse 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:

(...)

AUXILIAR DE ENFERMERIA - 521010

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

Ejecución de labores auxiliares de enfermería en la atención de individuos, familia y comunidad en cualquier nivel de atención de salud.

2. FUNCIONES

- Arreglar la unidad y ambiente físico del paciente, tanto para la admisión como para la estadía del mismo en la institución.

- Realizar acciones de enfermería de baja y mediana complejidad asignadas según las normas y el plan de acción de enfermería de la institución.

- Instruir al paciente y a la familia en el proceso de rehabilitación a seguir.

- Preparar al paciente y colaborar en los medios de diagnóstico y tratamientos especiales.

- Realizar acciones educativas sobre aspectos básicos de salud y promoción del medio ambiente.

- Dar atención de enfermería al paciente durante el tratamiento médico quirúrgico y administrar los medicamentos y cuidados al paciente de acuerdo con órdenes médicas y de enfermería.

Informar oportunamente al profesional responsable sobre situaciones de emergencia y riesgos que observe en los pacientes, familia, comunidad o medio ambiente.

- Desarrollar actividades recreativas y ocupacionales con los pacientes.

- Esterilizar, preparar y responder por el material, equipo y elementos a su cargo.
- Brindar cuidado directo a los pacientes que requieran atención especial.
- Identificar las dietas especiales para pacientes.
- Prestar primeros auxilios en caso de accidentes.
- Colaborar en la identificación de individuos y grupos de la población expuestos a riesgos de enfermar.
- Informa a individuos y grupos de la comunidad sobre la existencia y utilización de servicios de salud.
- Preparar los servicios de consulta y colaborar con el médico en la prestación del servicio.
- Realizar la vacunación institucional o por canalización y el control de temperatura a la nevera que contiene biológicos.
- Diligenciar los registros estadísticos pertinentes a su trabajo.
- Participar en el adiestramiento y supervisión de la promotora de salud de acuerdo con la programación establecida.
- Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

3. REQUISITOS

3.1 Estudios. Aprobación de cuatro (4) años de educación secundaria y curso de auxiliar de enfermería, con una duración mínima de ochocientas sesenta (860) horas.”

Una vez revisadas las distintas órdenes de prestación de servicios anexadas al expediente, se puede constatar que el objeto establecido en los diversos contratos, es característico de los empleos del nivel asistencial del sector salud contenidos en el Decreto 785 de 2005, lo que permite inferir además que las funciones encomendadas a la actora se encontraban dentro de las necesidades o actividades que forman parte del giro ordinario de la entidad demandada, puesto que no permitían independencia en el desarrollo de las mismas, dado que requerían de las instrucciones de un superior, lo cual desvirtúa per se la regla general de la función pública.

En atención a lo anteriormente referido, se estima que labor cumplida por los Auxiliares de Enfermería – Auxiliares del Área de Salud, de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, lleva comprendida la subordinación en el ejercicio de la actividad, dado que las funciones desempeñadas por la demandante, no gozan de un margen de independencia en cuanto al manejo del horario de trabajo, puesto que su labor está supeditada a los turnos asignados por el jefe inmediato; además, no se trata de un servicio que requiera un conocimiento especializado o profesional, que permita la contratación por orden de servicio profesional.

Luego entonces, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el caso bajo examen; esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva; y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, se concluye, que la entidad demandada utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la E.S.E CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, de manera subordinada, en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de la E.S.E con similares funciones.

Colofón de lo precedentemente expuesto, se declarará la nulidad del Acto Administrativo de fecha 15 de octubre de 2013, proferido por la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, lo que da lugar al pago, a título de reparación del daño, de las prestaciones sociales sobre los valores pactados dentro de los diferentes contratos de prestación de servicios, por el tiempo de duración de los mismos.

2.7. RECONOCIMIENTO DE SALARIOS EN MEDIO DEL CONTRATO REALIDAD.

En lo concerniente a los salarios reclamados por la parte demandante, se considera viable reconocer los honorarios dejados de pagar a través de este medio de control, pero no a título de salarios como lo pretende la parte actora, sino a título de reparación del daño causado, teniendo como base para liquidar su cuantía, la suma

pactada en los respectivos contratos, en aras de proteger de manera integral el trabajo humano.

Es pertinente indicar, que si bien ante el incumplimiento de los honorarios pactados entre las partes, lo procedente sería iniciar otro medio de control, esto es el contractual, en eventos como el estudiado en los que se demostró la existencia de una relación laboral subordinada, también es posible, en virtud del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho pretender el reclamo del resarcimiento íntegro del daño, lo que incluye no solo el pago de una indemnización liquidada con base en las prestaciones sociales adeudadas, sino que también la mentada indemnización se extienda al valor de la remuneración pactada en los contratos a título de honorarios, que no hayan sido cancelados al contratista.

A pesar de que en relación a este punto, al interior de la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso no existe una posición uniforme frente a la posibilidad de reclamar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el pago de los honorarios dejados de cancelar de forma oportuna, cuando en el proceso se desdibuja la relación contractual formalmente pactada, y se demuestran los elementos de una verdadera relación laboral, se acogerá la tesis planteada por el Honorable Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Primera de Decisión Oral, Sentencia No. 166 del 2 de octubre de 2014, M.P. Dr. LUIS CARLOS ALZATE RÍOS; radicación: 70-001-33-33-007-2013-00151-01; Demandante: ALICIA CASTILLEJO CAMARGO; Demandado: E.S.E HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SINCELEJO, que determinó:

“Por una parte, encontramos decisiones en donde se deniega esta posibilidad, como la siguiente providencia que se trae a título de ejemplo:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas... Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en

razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia.” (Resaltado del Tribunal)⁷¹.

Frente a la posibilidad de reconocer los dineros dejados de pagar como remuneración del servicio, encontramos las siguientes providencias:

“En ese sentido, la Sala habrá de Revocar el numeral 1º de la providencia del a quo, que condenó al municipio de San Andrés de Sotavento a reconocer y pagar al actor los meses de septiembre, octubre y noviembre de 1999 más 15 días del año 2000 por concepto de honorarios, y en su lugar, declarar la nulidad del acto acusado y consecuentemente, como restablecimiento del derecho, condenar al municipio demandado a reconocer y pagar al actor a título de indemnización los valores adeudados ya señalados, teniendo en cuenta para ello el valor pactado en el contrato, que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devenga cualquier docente al servicio de la entidad demandada.”⁷².

En decisión posterior, se reafirma esta segunda posibilidad, así:

“Así las cosas, queda demostrado para el presente caso, la existencia de los elementos de la relación laboral, las cuales son prestación personal del servicio, contraprestación y subordinación; y por tal razón, el actor tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones sociales.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, la Sala revocará la sentencia impugnada en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, lo que da lugar al pago a título de reparación del daño de los valores pactados dentro de las diferentes órdenes (sic) de prestación de servicio y por el tiempo de duración de los mismos, así como los porcentajes de cotización correspondientes a salud y a pensiones que la entidad demandada debió trasladar a las entidades correspondientes, puesto que dichos pagos son consecuencia del vínculo laboral que existió entre las partes.” (Negrillas para resaltar)⁷³.

⁷¹ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

⁷² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “A”. CONSEJERO PONENTE: DR. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 6 de marzo de 2008. Radicación No. 23001 23 31 000 2002 00244-01 (2152-06). APELACIÓN SENTENCIA. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: ROBERTO URANGO CORDERO.

⁷³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 16 de febrero de

Igualmente, la Sección Tercera del CONSEJO DE ESTADO, se ha pronunciado sobre el punto, en el siguiente sentido:

“Interpretando el contenido de la demanda, puede colegirse, en estricto sentido, que lo pretendido realmente por el actor es que se le reconozcan los salarios dejados de percibir y las prestaciones sociales a las que tendría derecho, tal como se le reconoce a quienes desarrollan actividades semejantes, en consideración a que las labores de celaduría que desempeñó en el Departamento de Casanare, a través de órdenes de prestación de servicios, revisten todos los elementos propios de una relación legal y reglamentaria; sin embargo, a juicio de la Sala, la acción formulada por el demandante, con miras a obtener la satisfacción de los derechos alegados y que estarían siendo desconocidos por la Administración, no es la indicada, pues él debió acudir a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ser ésta la que procede en situaciones como la anotada, de tal suerte que la Sala confirmará la decisión de primera instancia en cuanto encontró acreditada la excepción de indebida escogencia de la acción.”⁷⁴.

Así las cosas, ante la inexistencia de una línea uniforme sobre el tema, queda el juzgador en libertad de adoptar la decisión interpretativa que considere más adecuada.

Partiendo de lo anterior, para la Sala se hace viable entrar a ordenar la cancelación de los honorarios dejados de pagar al contratista, pues solo de esta forma se encuentra una clara materialización del principio de primacía de la realidad sobre la forma. Si bien, el primer obstáculo que se encuentra en este punto, es el hecho de que conforme la constitución y la ley, el vínculo laboral público legal o reglamentario, se encuentra sometido a una serie de formalidades como el nombramiento y la posesión, este formalismo si bien imposibilita que el juez contencioso administrativo declare la existencia de una relación de esa naturaleza, si se ha considerado viable que todas las consecuencias económicas de dicha declaración se materialicen, por lo que deben de reconocerse todos los valores dejados de pagar, a título de indemnización del daño causado al contratista con su vinculación irregular.

Negar lo anterior, sería ir en contra del principio de reparación integral del daño, que rige en todos los procesos jurisdiccionales, y el de nulidad y restablecimiento del

2012. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11). Actor: EDUARDO NIÑO PAREDES. Demandado: MUNICIPIO DE YAGUARA, HUILA.

⁷⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia de junio 23 de 2010, C.P (E) Gladys Agudelo Ordoñez, Rad: 85001-23-31-000-1998-00129-01(18319).

derecho comporta el ejercicio de una pretensión reparadora que el juez debe analizar y fallar de forma íntegra. Por ello, si se demuestra la existencia de una relación laboral desdibujada con un contrato de prestación de servicios, deben resarcirse todos los daños causados con dicha forma espuria de vinculación, lo que incluye a título de indemnización del daño, al pago de una suma de dinero que equivalga al pago de las prestaciones sociales que se dejaron de liquidar y pagar, lo que en iguales circunstancias hace viable que se indemnice el daño si no se canceló ni siquiera la remuneración pactada en el contrato, igualmente pagada a título de indemnización del perjuicio irrogado, sin que estas formas de resarcimiento del detrimento se puedan interpretar como la declaratoria formal de la existencia de un vínculo laboral público.

Por lo expuesto, esta Sala se inclina hacia la posición de considerar viable que a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se reclame el pago de los honorarios dejados de pagar en ejecución del contrato de prestación de servicios desdibujado, sin que este tipo de pretensiones haga de suyo que el contratista adquiera la calidad de empleado público.”

Consecuencia de lo anterior, se hace admisible y necesario, ordenar la cancelación de los honorarios dejados de pagar a la contratista, pues solo de esta forma se encuentra una clara materialización del principio de primacía de la realidad sobre la forma, sin que estas forma de resarcimiento del daño, pueda interpretarse como la declaratoria formal de la existencia de un vínculo laboral público.

Atendiendo lo expuesto, en el presente caso por encontrarse debidamente probada la efectiva prestación de los servicios por parte de la demandante, asunto que no fue objeto de discusión y, al no haber sido controvertida la afirmación de no haberse percibido la remuneración económica pactada como contraprestación directa de sus servicios en los meses de febrero a diciembre de 2011, situación además acreditada mediante certificación de fecha 13 de diciembre de 2012,⁷⁵ expedida la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, y por la Profesional Universitaria de la misma entidad RINA LUZ LIZARAZO GARCÍA⁷⁶, trae obligatoriamente como consecuencia el amparo de los derechos invocados, por considerarse los mismos de carácter irrenunciables en toda relación laboral subordinada.

⁷⁵ Folio 69 del Expediente.

⁷⁶ Folio 70 del Expediente.

En armonía con lo expuesto, para efectos de cuantificar la indemnización debida a la actora por este concepto, se tendrá en cuenta -como ya se anotó- el valor señalado en cada contrato comprendido entre el mes de febrero a diciembre de 2011, como honorarios, suma que deberá ser reconocida a título de indemnización por los daños causados al actor y que asciende según certificación emitida por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, a la suma de \$9.484.607⁷⁷.

Con respecto a la petición de indemnización por despido injusto, se aclarara, que bajo la figura del contrato realidad no es posible otorgarle a la actora la calidad de empleada pública o trabajadora oficial, pues la demandante fue vinculada mediante contratos de prestación de servicios, lo cual impide que se haga beneficiaria de este tipo de beneficios laborales.

Es claro, que para tal categoría de pretensión, existe la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa, pero a través de otro medio de control, como lo es el de controversias contractuales o de reparación directa según las pretensiones que formule la parte activa.

Tampoco, se dispondrá el pago de la sanción moratoria reclamada (indemnización Ley 244 de 1995, subrogado por el artículo 5º de la ley 1071 de 2006), teniendo en cuenta que es sólo a partir de ésta sentencia que surge el derecho para la actora y la obligación para la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, del pago del auxilio de cesantías, y por tanto, no puede predicarse que exista mora en el reconocimiento ni en el pago de la misma por parte del ente accionado, condición necesaria para que sea viable la condena por dicho concepto.

Por último, se advierte, que si bien, a la profesional del derecho que ejerce la defensa judicial de la entidad demandada, no se le aceptó la renuncia al poder conferido, según lo decidido en la audiencia inicial, celebrada el día 23 de febrero de 2016, lo cierto es, que desde que la apoderada de la parte pasiva allegó al expediente tal misiva, la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, ha estado huérfana de representación, por lo que en aras de garantizar el derecho de defensa y debido proceso del ente accionado, se ordenará por secretaría, notificar personalmente esta decisión al Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, con la

⁷⁷ Folio 69 del Expediente.

indicación, que la doctora CINDY LORENA CANCHILA GUEVARA, presentó renuncia al mandato emitido, lo anterior, con la finalidad de que nombre nuevo encargado judicial y ejerza su derecho de contradicción si a bien lo tiene.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que aquí se revisa se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público⁷⁸. Así se desprende que lo dispuesto en el artículo 53 de la C.P., en tanto consagra el principio de la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos en las normas laborales y al reconocimiento y pago de los honorarios correspondiente a los meses de febrero a diciembre de 2011, que asciende según certificación emitida por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, a la suma de \$9.484.607⁷⁹.

Reconocimiento que acogiendo la tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de reparación del daño, razón por la cual se ordenará que a la demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos (Auxiliares de enfermería – Auxiliares del área de salud) mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados y el pago de los honorarios correspondiente a los meses de febrero a diciembre de 2011, que según certificación expedida por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, y por la Profesional Universitaria de la misma entidad RINA LUZ LIZARAZO GARCÍA⁸⁰, equivalen a la suma de \$9.484.607⁸¹.

El pago correspondiente a las prestaciones sociales, se percibirá por los siguientes períodos: 27 de marzo al 27 de junio de 2008⁸²; del 01 de julio al 01 de octubre de 2008⁸³, del 01 de diciembre de 2008 al 01 de enero de 2009⁸⁴, del 16 de enero hasta

⁷⁸ Más no la condición de empleado Público.

⁷⁹ Folio 69 del Expediente.

⁸⁰ Folio 70 del Expediente.

⁸¹ Folio 69 del Expediente.

⁸² Folio 24-25 del Expediente.

⁸³ Folio 26-27 del Expediente.

⁸⁴ Folio 28-29 del Expediente.

el 31 de enero de 2009⁸⁵, del 01 de febrero al 01 de mayo de 2009⁸⁶, del 01 de mayo al 01 de agosto de 2009⁸⁷, del 01 de agosto al 01 de noviembre de 2009⁸⁸, del 01 de noviembre al 01 de enero de 2010, del 01 de enero de 2010 al 01 de abril de 2010⁸⁹, del 01 de mayo de 2010 al 01 de septiembre de 2010⁹⁰, del 01 de septiembre al 01 de octubre de 2010⁹¹, del 01 octubre al 01 de noviembre de 2010⁹², del 01 de enero al 01 de abril de 2011⁹³, del 01 de abril al 01 de mayo de 2011⁹⁴, del 01 de mayo al 01 de julio de 2011⁹⁵, del 01 de julio al 01 de agosto de 2011⁹⁶, del 01 de agosto al 01 de octubre de 2011⁹⁷, del 01 de octubre al 01 de noviembre re de 2011⁹⁸, del 01 de noviembre al 30 de diciembre de 2011⁹⁹, del 02 de enero al 28 de febrero de 2012¹⁰⁰, del 01 de marzo hasta el 31 de marzo de 2012¹⁰¹, y del 01 de abril al 31 de diciembre de 2012¹⁰² con ejecución hasta el día 30 de abril de 2012.

La liquidación la efectuará la entidad demandada, según los parámetros antes dichos, la cual la actualizará conforme a la siguiente fórmula:

$$\begin{array}{c} \text{Índice final} \\ R = Rh \times \dots\dots\dots \\ \text{Índice inicial} \end{array}$$

Según la cual el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el que corresponde a la prestación social, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (Vigencia a la fecha de ejecutoriada la sentencia) por el índice inicial (vigente para la fecha en que debería efectuarse el pago). Los intereses se pagarán en cuanto se den los supuestos de hecho previstos en el artículo 192 del C.P.A.C.A.

⁸⁵ Folio 30-31 del Expediente.
⁸⁶ Folio 32-33 del Expediente.
⁸⁷ Folio 34-35 del Expediente.
⁸⁸ Folio 36-37 del Expediente.
⁸⁹ Folio 40-41 del Expediente.
⁹⁰ Folio 42-43 del Expediente.
⁹¹ Folio 44-45 del Expediente.
⁹² Folio 46-47 del Expediente.
⁹³ Folio 48-49 del Expediente.
⁹⁴ Folio 50-51 del Expediente.
⁹⁵ Folio 52-53 del Expediente.
⁹⁶ Folio 54-55 del Expediente.
⁹⁷ Folio 56-57 del Expediente.
⁹⁸ Folio 58-59 del Expediente.
⁹⁹ Folio 60-61 del Expediente.
¹⁰⁰ Folio 62-63 del Expediente.
¹⁰¹ Folio 64-65 del Expediente.
¹⁰² Folio 66-67 del Expediente.

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA.

Igualmente, no hay lugar a declarar la prescripción como excepción de oficio, porque el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada¹⁰³. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre de 2014¹⁰⁴ mediante la cual se apartó de posición asumida por el H. Consejo de Estado a través de sentencia del nueve (9) de abril de dos mil catorce (2014)¹⁰⁵, en el entendido que el término extintivo de los derechos laborales de los trabajadores comienzan a correr una vez sean reconocidos, la que en los casos de contrato realidad, nacen con la sentencia, al ser la misma constitutiva del derecho que se reclama.

CONCLUSION:

El problema jurídico inicial es positivo puesto que en este caso se logró demostrar los elementos de la relación laboral, debiéndose ordenar el reconocimiento de las acreencias aquí requeridas, pero con las salvedades de rigor.

4. CONDENA EN COSTAS.

El artículo 188 de la ley 1437 de 2011, dispone que salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código General del Proceso.

¹⁰³Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucia Ramírez. Expediente 73001-23-31-000-2000-03449-01(3074-05), la Sección Segunda del Consejo de Estado ha venido señalando que: “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.....; 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.” Tesis que ha sido reiterada entre otras en la sentencia del 1º de julio de 2009 expediente 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08

¹⁰⁴ Sentencia de Segunda Instancia de la Sala Primera de Decisión Oral- MP: Luis Carlos Álzate Ríos.- radicado: 2013-0018-01-accionante: Brenda Ildelfonsa Arias- accionado: municipio de Sincelejo.

¹⁰⁵ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección 2da- Subsección A- CP: Luis Rafael Vergara- Radicado: 20001-23-31-000-2011-00142-01(0131-13); Demandante: Rosalba Jiménez Pérez & Otros- Demandado: Departamento del Cesar.

Así las cosas, se condena en costas a la parte demandada, las cuales serán tasadas por Secretaría conforme las previsiones del artículo 365 y 366 del CGP., y los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso.

5. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto administrativo de fecha 15 de octubre de 2013, proferido por la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, en cuanto negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales de la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, con fundamento en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, a reconocer y pagar a la actora **YOLMARY VILLAREAL HERRERA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 64.702.988 expedida en Sincelejo - Sucre, a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los Auxiliares de Enfermería – Auxiliares Área de la Salud, vinculados mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios, esto es, del 27 de marzo al 27 de junio de 2008¹⁰⁶; del 01 de julio al 01 de octubre de 2008¹⁰⁷, del 01 de diciembre de 2008 al 01 de enero de 2009¹⁰⁸, del 16 de enero hasta el 31 de enero de 2009¹⁰⁹, del 01 de febrero al 01 de mayo de 2009¹¹⁰, del 01 de mayo al 01 de agosto de 2009¹¹¹, del 01 de agosto al 01 de noviembre de 2009¹¹², del 01 de noviembre al 01 de enero de 2010, del 01 de enero de 2010 al 01 de abril de 2010¹¹³, del 01 de mayo de 2010 al 01 de septiembre de 2010¹¹⁴, del 01 de

¹⁰⁶ Folio 24-25 del Expediente.

¹⁰⁷ Folio 26-27 del Expediente.

¹⁰⁸ Folio 28-29 del Expediente.

¹⁰⁹ Folio 30-31 del Expediente.

¹¹⁰ Folio 32-33 del Expediente.

¹¹¹ Folio 34-35 del Expediente.

¹¹² Folio 36-37 del Expediente.

¹¹³ Folio 40-41 del Expediente.

¹¹⁴ Folio 42-43 del Expediente.

septiembre al 01 de octubre de 2010¹¹⁵, del 01 de octubre al 01 de noviembre de 2010¹¹⁶, del 01 de enero al 01 de abril de 2011¹¹⁷, del 01 de abril al 01 de mayo de 2011¹¹⁸, del 01 de mayo al 01 de julio de 2011¹¹⁹, del 01 de julio al 01 de agosto de 2011¹²⁰, del 01 de agosto al 01 de octubre de 2011¹²¹, del 01 de octubre al 01 de noviembre de 2011¹²², del 01 de noviembre al 30 de diciembre de 2011¹²³, del 02 de enero al 28 de febrero de 2012¹²⁴, del 01 de marzo hasta el 31 de marzo de 2012¹²⁵, y del 01 de abril al 31 de diciembre de 2012¹²⁶ con ejecución hasta el día 30 de abril de 2012, sumas liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios, que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señora YOLMARY VILLAREAL HERRERA, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y/o ordenes laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena a la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija la actora el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

TERCERO: CONDENAR a la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, al reconocimiento, liquidación y pago, a título de reparación del daño, de los honorarios adeudados por la demandada a favor de la demandante, desde el mes de febrero hasta el mes de diciembre de 2011, que asciende según certificación emitida por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, a la suma de \$9.484.607¹²⁷.

CUARTO: Niéguese las demás pretensiones de la demanda, por lo antes expuesto.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, por Secretaría tásense.

¹¹⁵ Folio 44-45 del Expediente.

¹¹⁶ Folio 46-47 del Expediente.

¹¹⁷ Folio 48-49 del Expediente.

¹¹⁸ Folio 50-51 del Expediente.

¹¹⁹ Folio 52-53 del Expediente.

¹²⁰ Folio 54-55 del Expediente.

¹²¹ Folio 56-57 del Expediente.

¹²² Folio 58-59 del Expediente.

¹²³ Folio 60-61 del Expediente.

¹²⁴ Folio 62-63 del Expediente.

¹²⁵ Folio 64-65 del Expediente.

¹²⁶ Folio 66-67 del Expediente.

¹²⁷ Folio 69 del Expediente.

SEXTO: La presente sentencia se cumplirá con arreglo a lo dispuesto por los artículos 192 y 203 del C.P.A.C.A.

SÉPTIMO: Notificar personalmente esta decisión al Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE GUARANDA, con la indicación, que la doctora CINDY LORENA CANCHILA GUEVARA, presentó renuncia al mandato emitido, lo anterior, con la finalidad de que nombre nuevo encargado judicial y ejerza su derecho de contradicción si a bien lo tiene.

OCTAVO: En firme este fallo, devuélvase al demandante el excedente, si lo hubiere, de las sumas consignadas para gastos del proceso. Efectúense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ