



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°: 70-001-33-33-003-2013-00343-00
Demandante: Juan Pablo Charrys Navarro.
Demandado: E.S.E. Hospital Local de San Onofre.
Temas: Contrato realidad.

SENTENCIA N° 39

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: JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 9.042.228, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE.

¹ Folio 24 del expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare la nulidad de la comunicación de fecha 16 de abril de 2013, recibida por el actor el día 18 del mismo mes, expedida por la entidad, en cuanto desconoce la existencia de una relación legal y reglamentaria, niega el pago de prestaciones sociales definitivas, e indemnizaciones, sanción moratoria, aportes al SGSS en pensión, a título de restablecimiento del derecho,

Segunda: Que se declare que la vinculación del señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, con LA E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, fue de carácter legal y reglamentario desempeñando funciones propias de un empleado público.

Tercera: Que como consecuencia de la anterior declaración se ordene restablecer el derecho lesionado, en el sentido de disponer el pago de una suma de dinero debidamente indexada junto con los intereses moratorios correspondiente a la liquidación definitiva de las prestaciones sociales teniendo en cuenta los honorarios percibidos durante toda la relación de trabajo así:

- Las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral de carácter legal y reglamentaria
- Los intereses de cesantías
- Las vacaciones compensadas en dinero en proporción al tiempo de servicio y en razón a que no fueron disfrutadas durante el tiempo laborado.
- Primas de servicio.
- Prima de vacaciones causadas durante la vigencia de la relación laboral de carácter legal y reglamentario.
- El pago de las primas de navidad causada durante la vigencia de la relación laboral de carácter legal y reglamentario.
- El pago de la compensación en dinero por no suministro de dotación de calzo y uniformes.

Cuarta: Que se ordene la devolución de las sumas de dineros ilegalmente descontadas por concepto de retención en la fuente y la devolución de las sumas de dineros que fueron ilegalmente descontadas por concepto de RETE – ICA.

Quinta: Que se ordene la devolución de las sumas de dineros que fueron ilegalmente pagadas por concepto de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y

Pensiones, que en la realidad corresponde al porcentaje que debió asumir el empleador.

Sexta: Que se ordene el pago de la sanción moratoria de un día de salario por cada día de servicio desde el día que debió reconocerse y pagarse las prestaciones sociales conforme al Parágrafo Único del Art. 5 ley 1071 de 2006.

Séptima: Que se ordene el pago de los aportes a pensión, en un fondo de pensiones.

Octava: Que se condene en costas.

HECHOS.

Indica, que el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, prestó sus servicios personales a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, mediante órdenes de prestación de servicios y a través de bolsas de empleo, como conductor, desde el día 28 de junio de 2004 hasta el día 05 de enero de 2012.

Señala que, cumplió los reglamentos, estuvo sometido a las órdenes de las directivas y se sometió a turnos y horarios determinados por la entidad demandada.

Refiere que, prestó sus servicios de manera continua y permanente durante la vigencia de los contratos, percibiendo una contraprestación denominada equivocadamente honorarios, establecidos en las diferentes órdenes de prestación de servicios, siendo su último salario la suma de \$650.000.

Afirma que, fue despedido el día 05 de enero de 2012, sin que se le reconocieran sus prestaciones sociales y sin que se le entregaran dotaciones de calzado y vestido durante el período de vinculación laboral.

Añade que, las funciones desempeñadas, eran propias de un empleado de planta y el cargo ejercido se encuentra adscrito a la planta de personal de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE.

Por último estima que, la entidad demandada disfrazo la modalidad contractual para negar el reconocimiento de los derechos prestacionales.

1.1.3. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitución Política: Artículos. 1, 2, 5, 11, 13, 25, 29, 42, 53, 83, 123, 125.

Legales: Artículos 1 y 2 de la ley 244 de 1995; artículo 13 de la ley 344 de 1996; artículos 1, 2, 4 y 5 de la ley 1071 de 2006.

1.1.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, en toda relación de trabajo, se encuentra implícito el cumplimiento de obligaciones para las partes. En cabeza del trabajador, las de someterse a las prescripciones y reglamentos que le impone el patrono y para el patrono reconocer y pagar los salarios y prestaciones acordados con su empleado.

Expresa que, para que exista una relación de trabajo, es necesario que se den los siguientes requisitos a saber: La prestación personal del servicio, la subordinación y el salario. Cumplidos esos requisitos, se está frente a un verdadero contrato de trabajo, no importa la formalidad que se le haya imprimido al momento de establecer la relación contractual, lo que se destaca es la primacía de la realidad sobre las formalidades (art. 53 C.P).

Declara que, la entidad demandada, incurrió en violación a la ley, al contratar de manera irregular al actor, mediante órdenes de prestación de servicio, a efectos de desnaturalizar una verdadera relación de trabajo y con ello desconocer el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales causadas, bajo el disfraz y con el argumento que la contratación se regía por la ley 80 y que no generaba vínculo laboral, ni daba lugar al pago de prestaciones sociales.

Explica que, el Consejo de Estado, ha sentado su jurisprudencia en el sentido de que si en una relación de trabajo, ocultada bajo el sofisma de un contrato de prestación de servicios, se dan los elementos del contrato de trabajo, el trabajador como tal, no asume la condición de funcionario público, pero eso no exime a la entidad para que a título de reparación de daño se le reconozca y pague todas las prestaciones causadas.

Apunta que, prestó sus servicios a favor de la entidad demandada de manera permanente, se sometió a los reglamentos y órdenes de sus superiores, cumplió los horarios y directrices establecidas. No obstante ello, al momento de finalizar la relación de trabajo se le desconoció el pago de sus prestaciones bajo el errado argumento que su vinculación fue por órdenes de prestación de servicios y fundada en la ley 80 de 1993.

Concluye que, por los motivos expuestos, el acto administrativo contenido en la comunicación de fecha 16 de abril de 2013 expedido por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, es nulo por ser violatorio de la ley, por desconocer la primacía de la realidad sobre las formalidades, por vulnerar el derecho de igualdad del trabajador frente a funcionarios que desempeñaban las mismas funciones y contravenir los derechos fundamentales como el trabajo y la dignidad humana del trabajador.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 15 de noviembre de 2013².
- El Despacho mediante auto del 06 de diciembre de 2013³, inadmitió la demanda.
- Mediante escrito presentado con fecha 14 de enero de 2014⁴, la parte demandante subsana la demanda.
- A través de providencia de fecha 30 de enero de 2014⁵, se admitió el medio de control, decisión notificada a través de correo electrónico N° 06 del 31 de enero de 2014⁶.
- La demanda fue notificada a las partes el día 07 de julio de 2014⁷.
- El apoderado de la parte demandada, mediante escrito recibido con fecha 15 de agosto de 2014⁸, presenta contestación de la demanda.
- Por auto del 09 de diciembre de 2014⁹, se resuelve denegar el llamamiento en garantía, formulado por la parte accionada.
- Con fecha 16 de abril de 2015, se dio por contestada la demanda por parte de la entidad accionada y se fijó el día 25 de agosto de 2015 a partir de las 10:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.

² Folio 39 del expediente

³ Folio 41 del expediente

⁴ Folio 44 - 45 del expediente

⁵ Folio 47 del expediente

⁶ Folio 48 del expediente

⁷ Folio 60 - 62 del expediente

⁸ Folio 66 - 151 del expediente

⁹ Folio 156 - 157 del expediente.

- El día 25 de agosto de 2015¹⁰, se llevó a cabo audiencia inicial, fijando fecha para audiencia de pruebas, para el día 18 de noviembre de 2015 a partir de las 03:00 p.m.
- Con fecha 18 de noviembre de 2015¹¹, se realizó audiencia de pruebas, suspendiéndose hasta el día 17 de febrero de 2016 a partir de las 03:00 p.m.
- Llegado el día 17 de febrero de 2016¹², se reanuda la audiencia de pruebas, y se corre 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 02 de marzo de 2016¹³, aporta alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La E.S.E HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, contestó la demanda en término legal, señalando que se oponen a las pretensiones de la misma.

Atinente a los hechos de la demanda, aceptó como cierto tan solo el 15, que hace referencia al agotamiento del procedimiento administrativo y al cumplimiento del requisito de la conciliación previa ante el Ministerio Público; negó la existencia de los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, en el sentido de que entre la entidad demandada y el actor, no existió una relación laboral, toda vez que el señor CHARRYS NAVARRO, prestó sus servicios a través de órdenes o contratos de prestación de servicios.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE:

La parte demandante, se refirió en los hechos y pretensiones.

Argumenta que, se encuentra probado que la labor desempeñada, era la de conductor de la ambulancia de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, y por ello recibía una retribución por la prestación de sus servicios personales.

¹⁰ Folio 176 – 177 del expediente.

¹¹ Folio 182 - 184 del expediente.

¹² Folio 377 - 378 del expediente.

¹³ Folio 387 del expediente.

Aduce que, en relación al elemento subordinación, se encuentra demostrado, en razón, a que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello, que permite inferir sin asomo de dudas de la labor realizada, dista mucho de ser independiente, tomando como eje el objeto del contrato celebrado con la entidad demandada. Es decir, de la misma denominación y naturaleza del cargo, se desprende que desarrollaba las actividades bajo las directrices de la entidad de salud, en sus instalaciones y cumpliendo un horario, además debía cuidar del bien público -ambulancia-.

Por último, pone de presente que la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, al celebrar por espacio de ocho años continuos, contratos de prestación de servicios, lo que hizo fue disfrazar bajo el ropaje de este tipo de contrato, una auténtica relación laboral, violando de esta manera el principio de primacía de la realidad sobre la formalidad escrita.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA: No presentó alegatos de conclusión

1.4.3. MINISTERIO DE PÚBLICO: No emitió 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 la comunicación de fecha 16 de abril de 2013, expedido por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, mediante la cual se negó la relación laboral existente entre la entidad demandada y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, y el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, indemnizaciones, sanción moratoria y aportes al sistema

general de seguridad social en pensiones, durante el tiempo que el actor se desempeñó como conductor, en el período comprendido entre el día 28 de junio de 2004 hasta el 05 de enero de 2012.

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 del demandante con la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, como conductor de la ambulancia del ente de salud, durante los períodos comprendidos desde el 28 de junio de 2004 hasta el 05 de enero 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 (indemnización en el contrato realidad, prueba de los elementos del 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 1997, 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 empleador, 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 encubierta, 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”¹⁴

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*

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SECC.SEGUNDA C.P. BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ 19 febrero 2009.Rad:3074-05 Actor: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI

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 INDEMNIZACIÓN, 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.”¹⁵

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:

¹⁵ Sentencia de 28 de junio de 2001, M.P. TARSICIO CÁCERES TORO, Exp. 2324-00, Actora: MARÌA BERTHA DÍAZ CORREA.

“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 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”¹⁶.

2.5. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS, CUANDO SE BENEFICIAN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y SE DECLARA LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO REALIDAD.

El H. Consejo de Estado ha señalado que tratándose de la intermediación laboral, que se desarrolla en escenarios en los cuales un particular vinculado a una cooperativa de trabajo asociados o ente solidario de este tipo, presta sus servicios a una entidad pública, la cual se beneficia de los servicios de este, pero cuya relación engendra una verdadera relación laboral que se determina judicialmente, se presenta una responsabilidad solidaria en tal evento, que por ende implica que, tanto la Cooperativa, como la entidad pública donde se prestaron los servicios, asuman como empleadoras las obligaciones sobrevinientes, aun en el evento de no ser vinculadas al proceso, alguna de las dos, ya que ello no obsta, para que el juez de conocimiento, imponga las consecuencias jurídicas correspondientes, en virtud del acaecimiento del contrato realidad.

En tal sentido, el Alto Tribunal, en sentencia del 23 de febrero de 2011, puntualizó:

“En el mismo sentido, es inaceptable que las entidades estatales en ejercicio de la función pública, celebren o ejecuten contratos con Cooperativas de Trabajo Asociado,

¹⁶Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestaciones consagrados a favor del trabajador.

En este orden de ideas, si se configuran actos de intermediación laboral por parte de las cooperativas a favor de entidades del Estado, la entidad pública (la cual funge como tercero), que se beneficie finalmente del servicio, será solidariamente responsable por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado. Toda vez que sí se comporta una dependencia del trabajador frente a ella, y la cooperativa, la entidad adquiere responsabilidades sobre éste, a pesar que no se encuentra vinculado de manera directa.

Bajo estos supuestos, observa la Sala, que es claro que las cooperativas se desempeñan bajo los lineamientos de la Ley 79 de 1988, pero también es claro, que cuando el asociado es vinculado con otro ente, en este caso, el Hospital demandado, pero por órdenes puntuales y estrictas de la Cooperativa así como del tercero, existe una relación de empleador – empleado. Es decir, el asociado, la señora María Stella Lancheros Torres trabajaba en el Hospital Engativá, bajo las instrucciones de éste y tanto la cooperativa, como el Hospital fungen como empleadores, no obstante, si bien es cierto, en la presente causa no fueron demandas las cooperativas con las cuales mediaron contratos entre la actora y el Hospital demandado, también lo es, que esto en nada impide que el ente accionado asuma las responsabilidades por la conducta desplegada en detrimento del trabajador, en virtud de la solidaridad laboral.

Asimismo es válido afirmar, que durante el tiempo que duró la relación entre la demandante y el Hospital demandado, a pesar de las diferentes denominaciones, (contratos de prestación de servicios y sucesivamente a través de convenio de asociación con una Cooperativa de Trabajo Asociado) no existió ningún tipo de interrupción considerable en la prestación del servicio, lo que denota la permanencia y la necesidad de las labores que fueron desempeñadas por la actora en la institución, igualmente se observa que funcionalmente fungió ejecutando las mismas funciones en favor del ente demandado, quien fue el que en últimas se benefició de los servicios prestados por la demandante.

Así, concluye la Sala que la Administración utilizó la intervención de las Cooperativas de Trabajo Asociado para “disimular” el vínculo laboral de subordinación que en realidad subyacía entre la actora y el Hospital Engativá II Nivel E.S.E, por lo que, se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en el artículo 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en el “Hospital Engativá II Nivel, E.S.E” de manera subordinada en

las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.”¹⁷.

Por lo tanto, el hecho de que exista una intermediación laboral entre una entidad pública de salud y una cooperativa de trabajo asociado, no quiere decir, que la entidad pública demandada, no se haga responsable de las consecuencias derivadas del acaecimiento de un contrato realidad, ya que como bien lo señala la jurisprudencia contenciosa administrativa, existe un juicio de solidaridad, que permite imponer órdenes y deberes al tercero beneficiado con la prestación del servicio, inclusive, si a lo largo del proceso judicial, no se vincula a las cooperativas de trabajo asociados como sujetos propios, de la vinculación y observancia del servicio encomendado y a la vez prestado.

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 el demandante surge porque estuvo vinculado con la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, 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:

- Petición de fecha de recibido 22 de marzo de 2013¹⁸, presentado por el actor, dirigida a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, mediante la cual se solicita el reconocimiento de la existencia de una relación laboral y pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales.
- Respuesta de fecha 16 de abril de 2013¹⁹, expedido por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, mediante el cual se niega la petición elevada por el demandante de fecha 22 de marzo de 2013.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 08 de julio de 2004²⁰, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección B, Sentencia del 23 de febrero de 2011. Expediente con radicación interna 0260-09. C. P. Dr. Víctor Antonio Alvarado Ardila.

¹⁸ Folio 18 - 19 del Expediente.

¹⁹ Folio 20 del Expediente.

²⁰ Folio 90 del expediente.

- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 08 de agosto de 2004²¹, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 08 de septiembre de 2004²², celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 08 de octubre de 2004²³, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de noviembre de 2004²⁴, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 03 de enero de 2005²⁵, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de marzo de 2005²⁶, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 28 de abril de 2005²⁷, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de julio de 2005²⁸, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de septiembre de 2005²⁹, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de diciembre de 2005³⁰, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.

²¹ Folio 21 del expediente.

²² Folio 22 del expediente.

²³ Folio 87 del expediente.

²⁴ Folio 23 del expediente.

²⁵ Folio 24 del expediente.

²⁶ Folio 25 del expediente.

²⁷ Folio 26 del expediente.

²⁸ Folio 27 del expediente.

²⁹ Folio 28 del expediente.

³⁰ Folio 29 del expediente.

- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 02 de enero de 2006³¹, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 02 de abril de 2006³², celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 02 de julio de 2006³³, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 02 de octubre de 2006³⁴, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 04 de enero de 2008³⁵, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Copia de la orden de prestación de servicios de fecha 01 de noviembre de 2011³⁶, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 04 de enero de 2007³⁷, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y SERVIMOS PERSONAL E.U.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 02 de abril de 2007³⁸, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y SERVIMOS PERSONAL E.U.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 30 de abril de 2007³⁹, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y SERVIMOS PERSONAL E.U.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 01 de marzo de 2008⁴⁰, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y EMPLEOS TEMPORALES LTDA.

³¹ Folio 30 del expediente.

³² Folio 31 del expediente.

³³ Folio 32 del expediente.

³⁴ Folio 33 del expediente.

³⁵ Folio 91 del expediente.

³⁶ Folio 92 - 93 del expediente.

³⁷ Folio 299 - 304 del expediente.

³⁸ Folio 320 - 325 del expediente.

³⁹ Folio 101 - 106 del expediente.

⁴⁰ Folio 132 - 136 del expediente.

- Contrato de prestación de servicios de fecha 01 de agosto de 2008⁴¹, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y EMPLEOS TEMPORALES LTDA.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 01 de agosto de 2008⁴², celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y EMPLEOS TEMPORALES LTDA.
- Contrato de adición al contrato de prestación de servicios de fecha 01 de agosto de 2008⁴³, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y EMPLEOS TEMPORALES LTDA.
- Contrato de segunda adición al contrato de prestación de servicios de fecha 01 de agosto de 2008⁴⁴, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y EMPLEOS TEMPORALES LTDA.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 08 de enero de 2010⁴⁵, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y EMPLEOS TEMPORALES LTDA.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 18 de mayo de 2011⁴⁶, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y LA COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO COOMULSER CTA.
- Contrato de prestación de servicios de fecha 29 de junio de 2012⁴⁷, celebrada entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y la EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES “TRABAJADORES SIN FRONTERAS S.A.S.”.
- Manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la plata de personal de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE⁴⁸.
- Constancia de conciliación extrajudicial, celebrada entre las partes, expedida por el señor Procurador 164 Judicial II para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 15 de noviembre de 2013⁴⁹.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, anteriormente relacionadas, se tiene que el demandante señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, estuvo vinculado a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, desempeñando para tal efecto el cargo de conductor, en los períodos comprendidos entre el 08 de

⁴¹ Folio 125 - 129 del expediente.

⁴² Folio 125 - 129 del expediente.

⁴³ Folio 358 del expediente.

⁴⁴ Folio 130 - 131 del expediente.

⁴⁵ Folio 130 - 131 del expediente.

⁴⁶ Folio 137 - 140 del expediente.

⁴⁷ Folio 97 - 100 del expediente.

⁴⁸ Folio 187 - 247 del expediente.

⁴⁹ Folio 45 del expediente.

julio de 2004 al 08 de agosto de 2004; del 08 de agosto de 2004 hasta el 08 de septiembre de 2004; del 08 de septiembre de 2004 hasta el 08 de octubre de 2004; del 08 de octubre de 2004 hasta el 30 de octubre de 2004; del 01 de noviembre de 2004 hasta el 01 de diciembre de 2004; del 03 de enero de 2005 hasta el 03 de marzo de 2005; del 03 de marzo de 2005 hasta el 01 de mayo de 2005; del 01 de mayo de 2005 hasta el 01 de julio de 2005; del 01 de julio de 2005 hasta el 01 de septiembre de 2005; del 01 de septiembre de 2005 hasta el 01 de diciembre de 2005; del 01 de diciembre de 2005 hasta el 01 de enero de 2006; del 02 de enero de 2006 hasta el 01 de abril de 2006; del 02 de abril de 2006 hasta el 02 de julio de 2006; del 02 de julio de 2006 hasta el 02 de octubre de 2006, del 02 de octubre de 2006 hasta el 02 de enero de 2007; del 04 de enero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2008, del 01 de noviembre de 2011 hasta el 01 de enero de 2012⁵⁰, recibiendo una remuneración equivalente para el año 2004 de \$400.000; para el año 2005 de \$450.000; para el año 2006 de \$500.000, para el año 2008 de \$478.800; y para el año 2011 de \$884.000 mensuales, para ello, se adjuntaron copias simples de las órdenes de prestación de servicios suscritas entre el demandante y la entidad E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE.

Además de ello, se puede constatar, que para el cumplimiento de la labor contratada, el actor 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, frente a los períodos descritos, puesto que existen evidencias claras y material probatorio suficiente que da cuenta de ello, que permite afirmar que la labor realizada por el 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.

Según el manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, anexo

⁵⁰ Folio 62 del expediente.

al expediente por la parte demandada, se tiene que visible a folio 236 del expediente, se encuentra determinado, el cargo de CONDUCTOR, en cantidad de un cargo, cuyo propósito principal es el de “ejecutar labores de conducción de vehículos automotores o similares, con el fin de movilizar pacientes hacia otros centros de atención”, y con indicación específica de que el jefe inmediato, es el Gerente de la entidad accionada, además se señala como una de sus funciones esenciales, la de “transportar pacientes en ambulancias u otro vehículo asignado a centros hospitalarios o a sus domicilios”.

Visto lo anterior, basta con analizar el mencionado manual de funciones para concluir que efectivamente los contratos de prestación de servicios suscritos por las partes demuestran que, las actividades desempeñadas por el demandante, estaban sujetas al control o subordinación del representante legal del ente demandado.

Es importante resaltar, que en el presente asunto se encuentra acreditada la continuidad en el desempeño de las funciones propias del cargo de conductor por parte del actor; en efecto, se tiene que las órdenes de prestación de servicios reseñadas, se suscribieron por más de dos años, ininterrumpidos, lo cual reafirma la conclusión, de que el servicio de conductor que desempeñaba el accionante, era de carácter permanente.

Sumado a lo anterior, es importante resaltar que el cargo de conductor, se encuentra previsto como un empleo público del nivel asistencial, 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 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:

(...)

CONDUCTOR DE AMBULANCIA - 605045

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO

Ejecución de labores de conducción de vehículos automotores, lanchas, botes o similares, con el fin de movilizar pacientes.

2. FUNCIONES

- Transportar pacientes en ambulancia a los centros hospitalarios o asus domicilios.
- Velar por el mantenimiento y presentación del vehículo y responder por las herramientas a su cargo.
- Transportar suministros, equipos o materiales a los sitios encomendados, cuando se requiera.
- Realizar operaciones mecánicas sencillas de mantenimiento del vehículo a su cargo y solicitar la ejecución de aquellas más complicadas.
- Manejar equipo de radiocomunicaciones.
- Colaborar con el traslado de pacientes, suministros o equipos.
- Las demás funciones que le sean asignadas y sean afines con la naturaleza del cargo.

3. REQUISITOS

3.1 Estudios. Aprobación de dos (2) años de educación secundaria, licencia de conducción y curso de primeros auxilios.

3.2 Experiencia. Dos (2) años de experiencia relacionada.

Por su parte el Decreto 785 de 2005, en su artículo 20 determina.

Artículo 20. Nivel Asistencial. El Nivel Asistencial está integrado por la siguiente nomenclatura y clasificación específica de empleos.

Cod. Denominación del Empleo.

...

480. Conductor.

...”

Una vez revisadas las órdenes de prestación de servicios comprendidas entre el 08 de julio de 2004 hasta el 02 de enero de 2007; del 04 de enero de 2008 hasta el

04 de marzo de 2008, del 01 de noviembre de 2011 hasta el 01 de enero de 2012⁵¹, 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 al actor 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 la labor cumplida por los conductores de ambulancia, de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, lleva comprendida la subordinación en el ejercicio de la actividad, dado que las funciones desempeñadas por el 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, en las líneas de tiempo indicadas, 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 el demandante prestó el servicio público de salud en la E.S.E HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, 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 contenido en la comunicación de fecha 16 de abril de 2013, expedido

⁵¹ Folio 62 del expediente.

por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, entre el 08 de julio de 2004 al 08 de agosto de 2004; del 08 de agosto de 2004 hasta el 08 de septiembre de 2004; del 08 de septiembre de 2004 hasta el 08 de octubre de 2004; del 08 de octubre de 2004 hasta el 30 de octubre de 2004; del 01 de noviembre de 2004 hasta el 01 de diciembre de 2004; del 03 de enero de 2005 hasta el 03 de marzo de 2005; del 03 de marzo de 2005 hasta el 01 de mayo de 2005; del 01 de mayo de 2005 hasta el 01 de julio de 2005; del 01 de julio de 2005 hasta el 01 de septiembre de 2005; del 01 de septiembre de 2005 hasta el 01 de diciembre de 2005; del 01 de diciembre de 2005 hasta el 01 de enero de 2006; del 02 de enero de 2006 hasta el 01 de abril de 2006; del 02 de abril de 2006 hasta el 02 de julio de 2006; del 02 de julio de 2006 hasta el 02 de octubre de 2006, del 02 de octubre de 2006 hasta el 02 de enero de 2007; del 04 de enero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2008, del 01 de noviembre de 2011 hasta el 01 de enero de 2012⁵², lo que da lugar al pago, a título de reparación del daño, de las prestaciones sociales causadas, sobre los valores pactados dentro de los diferentes contratos de prestación de servicios enunciados, por el tiempo de duración de los mismos.

En lo referente al extremo temporal contenido entre el 05 de marzo de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2012, se debe precisar, que el demandante aportó sendos contratos suscritos entre la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE y distintas Cooperativas o Empresa de Trabajo Asociado, entre las que están, SERVIMOS PERSONAL EU, EMPLEOS TEMPORALES LTDA, COOMULSER C.T.A., TRABAJADORES SIN FORNTERAS, documentos que solo son capaces de probar, que la entidad demandada, efectivamente contrato con las empresas renombradas, para la prestación de los servicios en la ejecución de los procesos administrativos en servicios generales y oficios varios, auxiliares de orientación y seguridad, apoyo en diferentes áreas administrativas de la institución, entre los cuales se encontraba la contratación de conductores para la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, pero en tales contratos, no aparece relacionado en nombre del señor CHARRY NAVARRO, como prestador del servicio de conducción de ambulancia en el ente accionado.

Sumado a ello, no existe una sola prueba, documental o testimonial, que determine que el señor CHARRYS NAVARRO, se encontraba afiliado o vinculado a tales

⁵² Folio 62 del expediente.

empresas o cooperativas de trabajo asociado y que como consecuencia de ello prestara sus servicios como conductor de ambulancia al interior de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE.

Como quiera que la carga de la prueba para demostrar la existencia de un contrato realidad, compete a quien alega la figura, situación que no se ha presentado con respecto a la línea de tiempo entre el 05 de marzo de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2011, se negaran las peticiones del medio de control presentado con relación a tal período.

En atención a la solicitud de reconocimiento y pago de sanción moratoria, se debe indicar que tampoco, se dispondrá el pago de tal 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 el actor y la obligación para la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, 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.

En referencia al reconocimiento y pago de compensación en dinero por no suministro de dotación de calzado y uniformes, se negará tal pretensión, pues si bien, dentro de la actuación, se acreditó la existencia de una verdadera relación laboral, demostrando el inadecuado uso que se dio al contrato de prestación de servicios por parte de la entidad demandada, este hecho, solo da lugar al reconocimiento a título de reparación el daño, de las prestaciones sociales que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria en dicha entidad, pues el suceso que se reconozca la existencia de una verdadera relación laboral entre las partes, no le otorga automáticamente al demandante, la condición de empleado público.

En lo atinente a la petición de devolución de los descuentos realizados al actor por concepto de retención en la fuente, se resolverá negativamente, pues si bien es cierto se desnaturalizó la vinculación de origen contractual, también lo es que la declaración de la existencia de dicha relación no implica por sí mismo la devolución de sumas de dinero que se generaron en virtud de la celebración contractual, pues la finalidad del restablecimiento del derecho es el reconocimiento de emolumentos

salariales y prestacionales dejados de percibir con la relación laboral oculta más no la devolución de sumas pagadas con ocasión de la celebración del contrato.

Por último, se debe apuntar, que 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 ejecutoriada⁵³. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre de 2014⁵⁴ 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)⁵⁵, 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.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Consecuencia de la declaratoria de nulidad, deviene el restablecimiento del derecho, que en casos como el que se estudia se limita al reconocimiento de las prestaciones sociales que el régimen aplicable tenga previstas para el servidor público⁵⁶. 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.

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 al demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, reconocimiento que debe hacerse con

⁵³Sentencia 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

⁵⁴ 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.

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Más no la condición de empleado Público.

fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago se percibirá por los siguientes períodos: del 08 de julio de 2004 al 08 de agosto de 2004; del 08 de agosto de 2004 hasta el 08 de septiembre de 2004; del 08 de septiembre de 2004 hasta el 08 de octubre de 2004; del 08 de octubre de 2004 hasta el 30 de octubre de 2004; del 01 de noviembre de 2004 hasta el 01 de diciembre de 2004; del 03 de enero de 2005 hasta el 03 de marzo de 2005; del 03 de marzo de 2005 hasta el 01 de mayo de 2005; del 01 de mayo de 2005 hasta el 01 de julio de 2005; del 01 de julio de 2005 hasta el 01 de septiembre de 2005; del 01 de septiembre de 2005 hasta el 01 de diciembre de 2005; del 01 de diciembre de 2005 hasta el 01 de enero de 2006; del 02 de enero de 2006 hasta el 01 de abril de 2006; del 02 de abril de 2006 hasta el 02 de julio de 2006; del 02 de julio de 2006 hasta el 02 de octubre de 2006, del 02 de octubre de 2006 hasta el 02 de enero de 2007; del 04 de enero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2008, del 01 de noviembre de 2011 hasta el 01 de enero de 2012⁵⁷.

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

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

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.

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 el actor 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. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE.

⁵⁷ Folio 62 del expediente.

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 ejecutoriada⁵⁸. En igual sentido, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Sucre en providencia del 4 de septiembre de 2014⁵⁹ 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)⁶⁰, 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.

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.

⁵⁸Sentencia del 19 de febrero de 2009. C. E. Ponente. Berta Lucía 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

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

5. DECISIÓN:

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad parcial del acto administrativo contenido en la comunicación de fecha 16 de abril de 2013, expedido por la Gerente de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, en cuanto negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales del señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, por el período comprendido entre el 08 de julio de 2004 al 08 de agosto de 2004; del 08 de agosto de 2004 hasta el 08 de septiembre de 2004; del 08 de septiembre de 2004 hasta el 08 de octubre de 2004; del 08 de octubre de 2004 hasta el 30 de octubre de 2004; del 01 de noviembre de 2004 hasta el 01 de diciembre de 2004; del 03 de enero de 2005 hasta el 03 de marzo de 2005; del 03 de marzo de 2005 hasta el 01 de mayo de 2005; del 01 de mayo de 2005 hasta el 01 de julio de 2005; del 01 de julio de 2005 hasta el 01 de septiembre de 2005; del 01 de septiembre de 2005 hasta el 01 de diciembre de 2005; del 01 de diciembre de 2005 hasta el 01 de enero de 2006; del 02 de enero de 2006 hasta el 01 de abril de 2006; del 02 de abril de 2006 hasta el 02 de julio de 2006; del 02 de julio de 2006 hasta el 02 de octubre de 2006, del 02 de octubre de 2006 hasta el 02 de enero de 2007; del 04 de enero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2008, del 01 de noviembre de 2011 hasta el 01 de enero de 2012⁶¹, 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. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, a reconocer y pagar al actor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, identificado con C.C. N° 9.042.128 expedida en San Onofre - Sucre, a título de reparación del daño, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los Conductores de Ambulancia vinculados mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios, esto es, desde el 08 de julio de 2004 al 08 de agosto de 2004; del 08 de agosto de 2004 hasta el 08 de septiembre de 2004; del 08 de septiembre de 2004 hasta el 08 de octubre de 2004; del 08 de octubre de 2004 hasta el 30 de octubre de 2004; del 01 de noviembre de 2004 hasta el 01 de

⁶¹ Folio 62 del expediente.

diciembre de 2004; del 03 de enero de 2005 hasta el 03 de marzo de 2005; del 03 de marzo de 2005 hasta el 01 de mayo de 2005; del 01 de mayo de 2005 hasta el 01 de julio de 2005; del 01 de julio de 2005 hasta el 01 de septiembre de 2005; del 01 de septiembre de 2005 hasta el 01 de diciembre de 2005; del 01 de diciembre de 2005 hasta el 01 de enero de 2006; del 02 de enero de 2006 hasta el 01 de abril de 2006; del 02 de abril de 2006 hasta el 02 de julio de 2006; del 02 de julio de 2006 hasta el 02 de octubre de 2006, del 02 de octubre de 2006 hasta el 02 de enero de 2007; del 04 de enero de 2008 hasta el 04 de marzo de 2008, del 01 de noviembre de 2011 hasta el 01 de enero de 2012⁶², sumas liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios suscritos, y que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por el señor JUAN PABLO CHARRYS NAVARRO, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y/o órdenes laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SAN ONOFRE, a que consigne en el Fondo o Entidad de Seguridad Social que elija el actor el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

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

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

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

SEXTO: 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 PERÉZ MANJARRÉS
JUEZ

⁶² Folio 62 del expediente.