



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, veintiocho (28) de abril de dos mil diecisiete (2017)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2014-00115-00.
Demandante: Mildred Cecilia Torres Burgos.
Demandado: E.S.E. Hospital Local de Santiago de Tolú - Sucre.
Temas: Contrato realidad.

SENTENCIA N° 044

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: **MILDRED CECILIA TORRES BURGOS**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 23.216.981, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: **E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ - SUCRE**.

¹ Folio 8 del expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

Primera: Que se declare que entre la señora MILDRED CECILIA TORRES BURGOS y la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLU, se configuró una relación laboral.

Segunda: Que se declare la nulidad del acto administrativo ficto o presunto, producto de la no respuesta a la petición de fecha 09 de septiembre de 2013, por el cual se negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho la demandante, por haber laborado en la entidad demandada, en el cargo de Auxiliar de Enfermería.

Tercera: Que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, cancele a favor de la actora, las prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad y prima de servicios.

Cuarta: Que se reconozca y pague a la administradora de pensiones elegida por la accionante, los dineros que la entidad demandada, debió cancelar por concepto de cotización al sistema de seguridad social en pensiones.

Quinta: Que las sumas a las que resultare condenada la entidad accionada sean debidamente indexadas al momento de la sentencia.

Sexta: Que se condene en costas a la parte demandada.

1.1.3. HECHOS.

Se indica que, la señora MILDRED CECILIA TORRES BURGOS, estuvo vinculada laboralmente con la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, mediante contratos de prestación de servicios profesionales, desde el día 01 de marzo de 2011 hasta el 03 de octubre de 2011, prestando sus servicios personales como Auxiliar de Enfermería.

Señala que, prestó sus servicios de manera personal, de forma continua y subordinada, cumpliendo cabalmente sus funciones, en el horario de lunes a viernes de 08:00 am. A 05:00 p.m. y realizando turnos de urgencias los días domingos y festivos.

Expresa que, como como contraprestación por su servicio, la entidad demandada cancelaba la suma de \$600.000 mensuales.

Refiere que, mediante oficio de fecha 09 de septiembre de 2013, la demandante instauró derecho de petición ante el ente accionado a fin de lograr el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho.

Afirma que, la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, omitió dar respuesta a su petición, por lo que operó el silencio administrativo negativo.

Informa que, agotó requisito de conciliación extrajudicial ante el ministerio público, declarada fallida por no existir ánimo conciliatorio entre las partes.

1.1.4. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

Constitución Política: Artículos 13, 25 y 53.

Legales: Decreto 1042 de 1978; Decreto 1045 de 1978; Decreto 1919 de 2002.

1.1.5. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Manifiesta que, la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, al negar el reconocimiento y pago de los salarios y demás prestaciones sociales a la demandante, atenta contra el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, puesto que la está sometiendo a un trato discriminatorio, porque no obstante tener el mismo cargo y cumplir con la mismas labores se les vienen cancelando a otros trabajadores de la misma Empresa Social del Estado todas sus prerrogativas laborales.

Declara que, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en los eventos en donde se demuestre la existencia de los tres elementos exigido por el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo, primará la situación objetiva sobre la realidad o forma jurídica que hayan establecido las partes para regular una determinada situación jurídica.

En el presente asunto, la ESE HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, mediante la celebración de órdenes o contratos de prestación de servicios, pretende esconder la relación de trabajo que tenía con la señora MILDRED CECILIA TORRES BURGOS, pues, está cumplía su labor de manera personal, bajo una continuada subordinación o dependencia y recibía una remuneración o salario por la prestación de su labor, configurándose así una verdadera relación laboral.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 26 de mayo de 2014².
- El Despacho mediante auto del 10 de junio de 2014³ admitió la demanda.
- La demanda fue notificada a las partes el 26 de agosto de 2014⁴.
- La entidad demandada presentó memorial contestando la demanda con fecha 30 de septiembre de 2014⁵.
- Por auto del 05 de mayo de 2015⁶, se dio por contestada la demanda por parte de la entidad accionada y se fijó el día 31 de octubre de 2015 a partir de las 10:00 a.m. para llevar a cabo audiencia inicial.
- Con fecha 23 de octubre de 2015⁷, se fijó nueva fecha para realización de audiencia inicial para el día 16 de febrero de 2016 a partir de las 09:00 a.m.
- El día 16 de febrero de 2016⁸, se llevó a cabo audiencia inicial, fijando el 03 de junio de 2016 a partir de las 10:30 a.m. para audiencia de pruebas.
- A través de providencia del 22 de julio de 2016⁹, se fijó nueva fecha para audiencia de pruebas para el día 04 de octubre de 2016 a partir de las 08:30

² Folio 33 del expediente

³ Folio 34 del expediente

⁴ Folio 43 – 49 del expediente

⁵ Folio 55 - 62 del expediente

⁶ Folio 65 del expediente

⁷ Folio 76 del expediente

⁸ Folio 84 - 87 del expediente

⁹ Folio 95 del expediente

a.m. debiéndose reprogramar para el 15 de febrero de 2017 a partir de las 02:30 p.m. por auto del 11 de noviembre de 2016¹⁰.

- El 15 de febrero de 2017¹¹, se realizó audiencia de pruebas, corriendo traslado a las partes por el término común de 10 días, para presentar sus alegatos de conclusión.
- La entidad demandada, mediante memorial presentado ante este despacho con fecha 23 de febrero de 2017¹², aporta alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA¹³.

La E.S.E HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, 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 ciertos el cuarto, quinto, sexto, noveno, décimo y undécimo, los cuales hacen referencia a que la actora prestó sus servicios en la entidad demandada, personalmente, de forma continua, ininterrumpida y en condiciones de subordinación, percibiendo como remuneración la suma de \$600.000. Que el día 09 de septiembre de 2013 la accionante, presentó escrito ante la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, solicitando el reconocimiento y pago de sus prestaciones sociales, petición que no fue resuelta; negó la existencia de los hechos tercero, séptimo y octavo; consideró parcialmente ciertos el hecho primero; dijo no constarle el hecho segundo; Sobre el hecho duodécimo, indicó que no era una situación fáctica.

Como argumento de su defensa, advierte que no obra prueba de la existencia de la relación laboral directa de la demandante con el HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ.

Estipula que, la relación que sostuvo la entidad demandada con la actora, fue a través de convenios que mantuvo la parte demandada con las Cooperativa Coointegras y Talentos, quienes correspondieron con el pago de salarios, prestaciones sociales y liquidación del personal asociado.

¹⁰ Folio 103 del expediente

¹¹ Folio 107 - 108 del expediente.

¹² Folio 127 - 128 del expediente.

¹³ Folio 55 - 61 del expediente.

Como excepciones de fondo propuso la de cobro de lo no debido.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. **LA PARTE DEMANDANTE:** No presentó alegatos de conclusión.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA¹⁴:

Alega la entidad demandada E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTIAGO DE TOLÚ, luego de hacer un recuento normativo y jurisprudencial sobre el tema del contrato realidad, que entre esta y la señora MILDRED CECILIA TORRES BURGOS, no existió una relación laboral, toda vez que no se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo.

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 ficto o presunto por medio del cual la entidad demandada negó el reconocimiento de las prestaciones y factores salariales, solicitados en petición de fecha 09 de septiembre de 2013.

¹⁴ Folio 127 - 128 del expediente.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿en aplicación del principio del derecho laboral de primacía de la realidad frente a la forma, puede una persona demostrar la existencia de un vínculo material con una entidad pública y derivar de ello todas las consecuencias jurídicas de una relación laboral como realidad?

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) Responsabilidad solidaria de las entidades públicas, cuando se benefician de la intermediación laboral y se declara la existencia de un contrato realidad. (IV) 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

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*

¹⁵ 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 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 la 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:

¹⁶ 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”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.

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

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 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. 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.

El Tribunal de cierre en la jurisdicción administrativa, en sentencia del 23 de febrero de 2011¹⁸, dijo.

“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, con el objeto desconocer una relación laboral, lo que lleva consigo el detrimento de los derechos laborales y prestacionales 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

¹⁸ 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.

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.”

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.

2.7. 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. HOSPITAL LOCAL SANTIAGO DE TOLÚ, 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 09 de septiembre de 2013¹⁹, presentado por la actora dirigida a la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, mediante la cual se solicita el reconocimiento de las prestaciones sociales y la existencia de una relación laboral.
- Copia de turnos de las auxiliares de enfermería en la E.S.E TOLÚ²⁰, durante los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2011.
- Constancia de conciliación extrajudicial, celebrada entre las partes, expedida por el señor Procurador 103 Judicial para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 22 de mayo de 2014²¹.
- Acta de conciliación extrajudicial, celebrada entre las partes, expedida por el señor Procurador 103 Judicial para Asuntos Administrativos de Sincelejo, de fecha 22 de mayo de 2014²².
- Copia del acuerdo N° 002 del 10 de diciembre de 1998²³, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Tolú – Sucre, por medio del cual se transforma la entidad pública Centro de Salud del municipio de Santiago de Tolú, en una Empresa Social del Estado.

Se debe empezar manifestando que, para que proceda la declaratoria de un contrato realidad, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de una relación laboral, es decir, que se dio una prestación personal de servicio; que por dicha prestación se haya recibido una contraprestación; y por último que existe subordinación o dependencia, entendida esta como la facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo. Además, le corresponde a la parte actora demostrar la permanencia, es decir, que la labor sea inherente a la entidad.

Ha enseñado reiteradamente el Honorable Consejo de Estado²⁴, sobre el tema de la carga de la prueba cuando se pretende la declaratoria de la existencia de una relación laboral en aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que:

¹⁹ Folio 9 – 10 del expediente.

²⁰ Folio 13 - 18 del expediente.

²¹ Folio 11 del expediente.

²² Folio 12 del expediente.

²³ Folio 19 - 28 del expediente.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección B. C.P. SANDRA LISSET IBARRA VELEZ, Sentencia del 4 de febrero de 2016. Rad: 05001-23-31-000-2010-02195-01(1149-15).

“Del contrato de prestación de servicios y la carga probatoria para demostrar la existencia de una verdadera relación laboral que desnaturaliza el referido contrato estatal.

Para determinar en quién recae la carga de la prueba, en primer lugar debemos recurrir al artículo 32 de la Ley 80 de 1993, la cual, en su numeral 3 define el contrato estatal de Prestación de Servicios en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES.

(...)

3o. Contrato de Prestación de Servicios.

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebraran por el término estrictamente indispensable”²⁵. La Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, de la siguiente manera:

“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

²⁵ Los apartes resaltados fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997, MP Dr. Hernando Herrera Vergara, salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada.

le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.”

En ese orden, se tiene que el inciso 2 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, no crea una presunción legal que permita considerar como laboral toda relación contractual estatal en la modalidad de prestación de servicio. Antes por el contrario, la disposición en cita de manera expresa estableció que en ningún caso se generaría una relación de trabajo, por lo que, si el contratista recurre a la jurisdicción, está en la obligación de desvirtuar la naturaleza del contrato estatal, como quiera que es él quien está llamado a demostrar los elementos esenciales o configurativos de una verdadera relación laboral.”

Del escaso material probatorio que reposa en el expediente, en el cual se aportaron solamente cuadros de turnos de auxiliares de enfermería en la E.S.E. HOSPITAL LOCAL SANTIAGO DE TOLÚ, correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo, junio, julio y agosto de 2011, en los que aparece relacionados el nombre de la accionante, no se pueden extraer ninguno de los elementos determinante para declarar la existencia de una relación laboral.

En efecto, del material probatorio arrimado solo se logra concluir que, la actora prestó sus servicios en la entidad demandada, situación fáctica aceptada por la parte demandada en su contestación.

La parte accionante no logra probar el tipo de vinculación que tenía con la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, pues no fueron aportados los contratos de prestación de servicios alegados.

La demandante no acredita la existencia de una remuneración percibida por la prestación del servicio como auxiliar de enfermería, ni los extremos temporales o vigencia de la presunta relación laboral.

La actora no demuestra que funciones cumplía en el ente demandado y que estas correspondían a las que ordinariamente ejercen las auxiliares de enfermería vinculadas a la administración mediante relación legal y reglamentaria.

En el sub examine no hay prueba fehaciente de la cual se desprenda que las tareas practicadas por la presunta contratista, hayan sido desarrolladas bajo la continuada dependencia y subordinación, pues no se acreditó la existencia de ordenes o directrices impuestas por la entidad demandada, el cumplimiento de un horario y la sujeción de la actora a los reglamentos internos del ente contratante, que sí deben cumplir los empleados públicos de planta.

Es importante resaltar que la parte demandante, renunció a las pruebas testimoniales, medio probatorio, que hubiera permitido al despacho establecer las funciones desempeñadas por la demandante y el esencial elemento de subordinación necesario para la configuración de una verdadera relación laboral.

Conforme con lo antes señalado, se considera que no existe prueba que acredite la continuada subordinación y dependencia que alega la demandante existió en desarrollo del contrato de prestación de servicios como, como Auxiliar de Enfermería de la E.S.E. HOSPITAL LOCAL DE SANTIAGO DE TOLÚ, por cuanto que, no se evidencia el cumplimiento de órdenes, instrucciones, directrices, lineamientos impartidos por la entidad contratante, acerca de la manera o forma y temporalidad en que la actora debía ejecutar su labor.

Colofón de lo anterior, al no existir prueba que demuestre la existencia de la totalidad de los elementos esenciales para la existencia de una relación laboral, en particular, la continuada subordinación y dependencia que rige en las relaciones de trabajo, se negarán las pretensiones de la demanda.

CONCLUSION:

En este orden de ideas, la respuesta al interrogante es negativo, dado que, como quedó establecido la actora no logra probar los elementos constitutivos de una verdadera relación de trabajo.

3. 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 demandante, en porcentaje del 5%, 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.

4. DECISIÓN

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

FALLA:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de cobro de lo no debido, promovida por la entidad demandada, según lo precedentemente expuesto.

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, por Secretaría tásense, en un porcentaje del 5%.

CUARTO: 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARRÉS
JUEZ