



JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE SINCELEJO

Sincelejo, nueve (9) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control: Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
Radicado N°: 70-001-33-33-003-2016-00035-00
Demandante: Deicy del Carmen Gómez Moreno
Demandado: Centro de Salud San José de Toluviejo- E.S.E.

Temas: Contrato realidad.

SENTENCIA N° 023

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: DEICY DEL CARMEN GÓMEZ MORENO (QEPD), identificada con la cédula de ciudadanía N° 23.181.855, expedida en Sincelejo, quien actuó a través de apoderado judicial¹.
- Demandado: CENTRO DE SALUD DE TOLUVIEJO- E.S.E.

¹ Folio 78 del expediente

1.1.2. PRETENSIONES.

PRIMERO: Que se declare nulo el acto administrativo de fecha 22 de septiembre de 2015, que negó el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales a la señora Deisy del Carmen Gómez Moreno (QEPD).

SEGUNDO: Que como restablecimiento del derecho, el CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOUVIEJO E.S.E., le reconozca y pague a la señora DEICY DEL CARMEN GOMEZ(QEPD), el equivalente a los salarios y prestaciones sociales a que tenía derecho, tales, auxilio de transporte, cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios y aportes al sistema de salud y pensión.

HECHOS.

Que la demandante prestó sus servicios en el cargo de Auxiliar de Facturación, desde el 02 de julio a 31 de diciembre de 2013 y del 02 de enero al 30 de noviembre de 2014, en cuanto al primer período fue mediante Contrato de Prestación de Servicios Técnicos, ejerciendo sus funciones mediante órdenes de servicios y cumpliendo a cabalidad con sus funciones, instrucciones y los horarios fijados.

Que la demandante prestó sus servicios en el cargo de auxiliar administrativo como promotora en salud y su último salario fue de \$700.000.

Que a la demandante se le debe los salarios de julio a diciembre de 2013 y de enero a noviembre de 2014, además nunca se le pagó sus prestaciones sociales y demás emolumentos que por ley tiene derecho durante el tiempo en que estuvo vinculada.

Manifiesta que, por intermedio de apoderada judicial el 04 de septiembre de 2015, realizó reclamación administrativa para el reconocimiento y pago de los conceptos laborales

Indica que, presentaron acción de tutela el 16 de octubre de 2015, dando como respuesta la entidad accionada que la petición había sido resuelta el día 22 de septiembre de 2015, negando el reconocimiento de la relación laboral.

1.1.3. DISPOSICIONES VIOLADAS.

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

CONSTITUCIONALES : Artículos 1,2,4,13,25,28,48,53,58,122,123,124 de la C.P.

LEGALES: Arts. 58, 59 y 60 del Decreto 1919 de 2002, ley 50 de 1990, en concordancia con el art. 13 de la ley 344 de 1996, art 83 del decreto 1042 de 1978, art 7° Decreto 1950 de 1993, Decreto 1848 de 1969 y art. 3y 5 del Decreto 3130 de 1968, artículo 6 y 8 del Decreto 3135 de 1968.

1.1.4. CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

Considera que, hay una falsa motivación en el acto administrativo del 22 de septiembre de 2015; pues no es como lo manifiesta la entidad demandada, que no ha tenido ninguna relación laboral, ya que los hechos lo demuestran, pues durante el tiempo en que estuvo vinculada con la E.S.E, recibía órdenes permanente, le correspondía cumplir instrucciones y atendía toda las tareas propias de cualquier empleado, cumpliendo de esta manera lo que se conoce como la subordinación.

Fundamenta sus argumentos con la sentencia C-555 de diciembre de 6 de 1994, estableció que:

“De manera que configurada la relación laboral dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajador y garantías laborales sin reparar en la calificación o denominación del vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultar. Y esa primacía puede imponerse tanto frente a particulares como frente al estado mismo” (C.Const. Sents. C-555 de 1994 y C-154 de 1997, Mar.19/97).

Igualmente refuerza su argumento con la sentencia de la Corte Constitucional t. C-401 de 1998, ago. 19 M.P. Vladimiro Naranjo Meza manifestó:

“... La realidad de una relación laboral se podría hacer prevalecer judicialmente frente a la apariencia de un contrato de prestación de servicios a efectos de derivar el reconocimiento de las prestaciones sociales propias de la relación de trabajo”).

Para terminar expresa que, se viola el artículo 13 y 25 de Constitución Nacional, con la expedición del acto administrativo del 22 de septiembre de 2015, pues menoscaba el principio mínimo constitucional de la igualdad en materia laboral, ya que, con este acto, se desconoce la actividad personal y subordinada realizada por la demandante.

El principio constitucional de la igualdad debe interpretarse en concordancia con el artículo 25 de la C.P. que ordena una especial protección para el trabajo humano, lo que indica que existiendo prestación efectiva de un servicio, bajo la subordinación de un empleador debe brindarse especial trato a esa persona. La protección se hace efectiva garantizando al empleado el pago de salarios y prestaciones sociales de manera oportuna.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL.

- La demanda fue presentada el día 04 de marzo de 2016, tal como se avizora en la nota de reparto².
- Antes de admitir la demanda el esposo de la demandante, el señor YONI ENRIQUE ROMERO TAPIAS, presentó registro civil de defunción de la señora DEICY DEL CARMEN GÓMEZ MORENO y registro civil de los hijos, como también un nuevo poder a la doctora Berenice María Gibao Carmona³.
- Mediante auto del 22 de julio de 2016, se admitió la demanda⁴.
- La admisión de la demanda fue notificada personalmente a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, mediante buzón electrónico del 03 de agosto de 2016⁵.
- La entidad demandada, contestó la demanda el 08 de septiembre de 2016⁶.
- Por secretaría se dio traslado de las excepciones, desde el 18 de enero de 2017 al 20 de enero de 2017⁷.
- Mediante auto del 24 de mayo 2017, se convocó a la partes para llevar a cabo la audiencia inicial⁸.
- En audiencia inicial se fijó fecha a audiencia de prueba, para el día 22 de noviembre de 2017.

² Fls 07 - 80.

³ Folios 82-88- Se establece la sucesión procesal, de allí que, de prosperas la pretensiones se entenderá en favor del cónyuge de la ex empleada.

⁴ Fls. 90 - 90v.

⁵ Fls. 95 - 97v.

⁶ Fls. 104 - 110.

⁷ Fl. 162.

⁸ Fl. 164.

- En audiencia de prueba, se practicaron pruebas solicitadas por las partes, se prescindió de la audiencia de alegato y se ordenó que en término de 10 días presentaran por escrito sus alegatos de conclusión.

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA⁹.

En cuanto a la entidad demandada, se opone a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos, expresa que del 4 al 6, 10 y del 12 al 15 son ciertos; no son ciertos el 1 y el 9; son parcialmente cierto, el 3 y el 7; no le consta el 2 y el 8; y no es un hecho el 11, sino una apreciación subjetiva de la parte.

Manifiesta la entidad que, en ningún momento existió contrato de trabajo entre las partes, por lo que no se configuró la subordinación, ya que de las pruebas sólo se observa contrato de prestación de servicio, lo que demuestra su calidad de contratista, y que lo pagado no tiene vocación de salario, sino de honorario.

1.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1. LA PARTE DEMANDANTE¹⁰:

Reafirma los argumentos planteados en la demanda, expresando que, con todas las pruebas obrantes dentro del proceso, la señora DEICY DEL CARMEN GOMEZ MORENO (QEPD), mantuvo una relación laboral con el Centro de Salud San José de Toluviejo, como Auxiliar de Enfermería (bis).

Por tanto solicita, se restablezca su derecho, declarando la nulidad del acto administrativo contenido en la respuesta de la petición de fecha 22 de septiembre de 2015, expedida por la entidad demandada, por el no pago oportuno de los salarios de 2 de julio de 2013 hasta 31 de diciembre de 2013 y del 2 de enero de 2014 hasta 30 de noviembre de 2014, y las prestaciones sociales adeudadas a la demandante (QEPD).

Por último indica que, con la expedición del acto demandado, se desconoció una relación laboral y propició la vulneración de derechos fundamentales, tales como el debido proceso, igualdad y primacía de la realidad sobre la formalidad.

⁹ Folio 181 - 182 del expediente.

¹⁰ Folio 158 - 163 del expediente.

1.4.2. LA ENTIDAD DEMANDADA:

Sostiene lo manifestado en la contestación de la demanda, expresando que, el acto administrativo demandado goza de amparo legal, el cual fue proferido sin infringir el ordenamiento legal.

Alega que, las E.S.E, pueden celebrar contrato de prestación de servicios, basado en el artículo 32 numeral 3 de la ley 80 de 1993, el cual expresa que dichos contratos puede ser celebrados cuando el servicio prestado no pueda realizarse con el personal de planta o requiera conocimiento especializado, como está demostrado en el presente asunto.

Trae a colación la sentencia del Consejo de Estado del día 18 de noviembre de 2003, radicado IJ -0039, el cual manifiesta que la celebración del contrato de prestación de servicio no tiene otro propósito que el desarrollo de labores relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, lo que significa que la circunstancia de labores en que se apoya la pretendida entidad de la relación jurídica derivada del contrato de prestación de servicio con la situación legal y reglamentaria carece de fundamento válido. Son las necesidades de la administración las que impone la celebración del contrato de servicios con persona naturales cuando se presente una de las razones: a) que la actividad no pueda llevarse a cabo con persona de planta b) que requiera de conocimientos especializados la labor.

Arguye que, si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de los empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance de colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de persona ajena a la entidad, que no va estar subordinada sino mas bien a realizar un trabajo en coordinación con la entidad.

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 el acto administrativo de fecha 22 de septiembre de 2015, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la entidad demandada y la señora **Deisy del Carmen Gómez Moreno (QEPD)**, y el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales adeudados, durante el tiempo que la actora se desempeñó como Auxiliar de administrativo, en el período comprendido entre el 02 de julio del 2013 hasta 31 de diciembre de 2013, y del 02 de enero de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2014.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

El problema jurídico dentro del sub lite se centra en determinar si, ¿si a la demandante le asiste derecho a que se declare la nulidad del acto administrativo demandado, y como consecuencia se reconozca y pague los factores salariales que fueron negados por la administración desde la existencia de la relación laboral, conforme a las Órdenes de Prestación de Servicios que existieron en ese período al haberse desempeñado en el cargo descrito?

Para solventar el mérito del sub examine, se hará alusión a los temas alegados en el proceso, a saber: (i) Línea jurisprudencial frente al contrato realidad; (ii) Prueba de los elementos del contrato realidad; (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 1996, 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 contraponen 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”.

Sobre el preciso tema del personal de la salud vinculado a través de órdenes de prestación de servicios en las Empresas Sociales del Estado, 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.

2.5. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO REALIDAD.

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

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

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

“Para efectos de demostrar la relación laboral entre las partes, se requiere que el actor pruebe los elementos esenciales de la misma, esto es, que su actividad en la entidad haya sido personal y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto a modo, tiempo o 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”¹¹.

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

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

Para el efecto, se recaudó el siguiente material probatorio:

- Derecho de petición elevado por la actora ante la entidad demandada de fecha 4 de septiembre de 2015¹².
- Acción de tutela por vulneración al derecho de petición, radicada el día 16 de octubre de 2015¹³.
- Contestación de la acción de tutela, con el oficio del 22 de septiembre de 2015, en el cual se negaba la relación laboral y el reconocimiento y pago de derecho laborales¹⁴.
- Notificación por aviso del oficio del 22 de septiembre de 2015¹⁵.
- Certificado suscrito por el jefe de talento humano de la E.S.E, en que indica que estuvo vinculada por medio de contrato de prestación de servicio de 2011 a 31 de diciembre de 2015¹⁶.
- Contrato de prestación de servicio CPST N° 090, de 2 de julio a 30 de septiembre de 2013¹⁷.
- Contrato de prestación de servicio CPST N° 136 de 1 de octubre a 31 de octubre de 2013¹⁸.
- Contrato de prestación de servicio CPST N° 169 de 1 de noviembre al 30 a 31 de noviembre de 2013¹⁹.

¹¹Expediente radicado 050012331000199901406 01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.

¹² Folios 9 - 11 del expediente.

¹³ Folios 13-18

¹⁴ Folios 22-23

¹⁵ Folios 27

¹⁶ Folio 28

¹⁷ Folios 29-33

¹⁸ Folios 34-39

¹⁹ Folios 40-45

- Contrato de prestación de servicio CPST N° 195 de 2 de diciembre a 31 de diciembre de 2013.²⁰
- Contrato de prestación de servicio CPST N° 013 de 2 de enero a 31 de marzo de 2014.²¹
- Contrato de prestación de servicio CPST N° 056 de 1 de abril a 30 de junio de 2014²²
- Contrato de prestación de servicio CPST N° 100 de 1 de julio a 30 de septiembre de 2014.²³
- Contrato de prestación de servicio CPST N° 155 de 1 de octubre a 30 de noviembre de 2014²⁴

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente anteriormente relacionadas, se tiene que la demandante la señora Deicy del Carmen Gómez Moreno, estuvo vinculada a la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO SUCRE, desempeñando para tal efecto el cargo de Auxiliar de administrativo como Promotora de Salud, cuyo objeto era “PRESTAR LOS SERVICIOS COMO PROMOTORA EN SALUD EN LA E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLÚ VIEJO SUCRE ”, en los períodos comprendidos entre el 02 de julio de 2013 hasta el 30 de septiembre de 2013; del 01 de octubre de 2013 hasta el 31 de octubre de 2013; del 01 de noviembre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2013; del 02 de diciembre de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013; del 02 de enero de 2014 hasta el 31 de marzo de 2014; del 01 de abril de 2014 hasta el 30 de junio de 2014; del 1 de julio de 2014 hasta 30 de septiembre de 2014; de 1 de octubre de 2014 hasta 30 de noviembre de 2014; Recibiendo una remuneración equivalente para los años 2013 y 2014 la suma de \$700.00 mensuales. Para ello, se adjuntaron copias simples de los contratos de prestación de servicios entre la demandante y la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO SUCRE.

Sobre la existencia de los contratos de realidad de los períodos comprendido entre el 02 de julio de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, se tiene que, para el cumplimiento de la labor contratada, la actora debió prestar sus servicios personalmente y percibir por ello unos honorarios establecidos en los distintos contratos de servicios suscritos, en las que se pactó el valor y la forma de pago, con

²⁰ Folios 46-51

²¹ Folios 52-57

²² Folio 58-62

²³ Folios 63-68

²⁴ Folios 29-30

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 frente a tal extremo temporal, línea divisoria del contrato de prestación de servicios y la relación laboral invocada, la misma se encuentra demostrada, pues existen evidencias claras que da cuenta de ello, que permite afirmar que la labor realizada por la accionante, dista mucho de ser independiente, esto se acredita a través de los testimonios rendidos en audiencia de prueba en la que se demuestra el particular evento de la existencia de la subordinación.

Dentro del plenario, se tiene la declaración del señor FRANCISCO TAPIAS BANQUET, identificado con C.C. N° 92.500.851 de Sincelejo, quien laboró con la señora DEICY DEL CARMEN GÓMEZ MORENO, en la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO SUCRE, desempeñando el cargo de conductor en dicha entidad. Testimonial que permite al despacho tener una mayor claridad sobre la relación laboral que la demandante mantuvo con la entidad demandada, en especial, determinar que entre las partes se dio un verdadero contrato de trabajo, sujeta a subordinación.

El declarante manifestó que actualmente trabaja en la E.S.E, desempeñando el cargo de conductor desde el año 2000 y que la señora Deisy del Carmen Gómez Moreno, laboró para la entidad accionada desempeñando el cargo de Auxiliar de Enfermería, durante los años 2013 y 2014, vinculada a través de contratos de prestación de servicios.

Demarcó que, la señora Deisy del Carmen Gómez Moreno; era auxiliar de enfermería, que trabajaba todos los días, cumpliendo turnos de día o de noche y en ocasiones le tocaba turno en la zona rural, turno que eran programado por la Jefe de Enfermería.

Igualmente manifiesta que su jefe inmediato en la E.S.E, era el doctor OSCAR VERBEL, jefe de recursos humanos y la doctora ELIANA ESCOBAR, quien era la gerente de la E.S.E.

Por último expresa que, cuando la señora Deisy del Carmen Gómez Moreno, fallece ya había terminado su relación laboral con la E.S.E.

Así mismo la declaración rendida por la señora MADIS MERCADO BATISTA, identificada con CC N° 32.770.516, menciona que no estuvo vinculada con la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLÚVIEJO, pero que sí, que conocía a la señora Deisy del Carmen Gómez Moreno (q.e.p.d).

Expresa que la señora Deysi Gómez, laboró con la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO (q.e.p.d), desde el año 2013, lo asevera porque era muy amiga de ella, además se daba cuenta porque la entidad demandada queda al frente del barrio donde vivía y siempre la veía trabajando allí desde esa época.

Indica que, el horario de trabajo de la señora Deisy del Carmen Gómez Moreno (q.e.p.d), era según el turno que le tocaba, pues la veía cuando pasaba por su casa y le preguntaba si iba a trabajar y mencionaba que tenía turno.

Por último se tiene la declaración de la señora ELIDA ROSA PERNA BERRIO, identificada con CC N° 64.525.840 de San Onofre, mencionó que vive cerca de la casa que era de la señora Deisy del Carmen Gómez Moreno (q.e.p.d), en el corregimiento del Cañito, municipio de Toluviejo e indica que no tiene ningún tipo de vinculación con la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO.

Dice que, la demandante laboró para E.S.E, desde julio 2013 a hasta 2014, como auxiliar de enfermería y que en ocasiones tenía turnos en el puesto de salud que se encontraba en el corregimiento de Cañito que era también de la E.S.E, y trabajaba en la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLÚVIEJO, según el turno que le tocaba.

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

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

Se encuentra probada la continuidad en el desempeño de las funciones, como promotor en salud, por parte de la señora DEICY DEL CARMEN GÓMEZ MORENO. Se evidencia que se suscribieron 8 contratos de prestación de servicios, desde el año 2013 hasta el año 2014, de manera sucesiva, lo cual reafirma la conclusión, de que el servicio que desempeñaba la accionante, era de carácter permanente en la entidad demandada, por consiguiente, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así, la temporalidad y transitoriedad característica de los contratos de prestación de servicios.

Luego entonces, desvirtuadas tanto la autonomía e independencia en la prestación del servicio, como la temporalidad propia de un verdadero contrato de prestación de servicios, y probados los elementos de la relación laboral en el caso bajo examen; esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva; y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, se concluye, que la entidad demandada utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso, el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, con respecto al período comprendido entre el 02 de julio de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la E.S.E CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO SUCRE, 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 Administrativos contenidos en el oficio de fecha 22 de septiembre de 2015²⁵, expedida por la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO SUCRE, en razón a que aparecen debidamente probados los elementos integrantes de la relación laboral, sobre el período comprendido entre el 02 de julio de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, lo que daría lugar al pago, a título de restablecimiento del derecho, de las prestaciones sociales causadas, sobre los valores pactados dentro de los diferentes contratos de prestación de servicios, por el tiempo de duración de los mismos.

Por último, se debe apuntar, que este despacho, frente al tema de la prescripción en los contratos realidad, acoge el criterio de unificación del Consejo de Estado, consignado en la sentencia CE-SUJ2-005-16 de fecha 25 de agosto de 2016. Radicado 23001-23-33-000-2013-00260-01(0088-15). M.P. CARMELO PERDOMO CUÉTER, que estableció.

“3.5 Síntesis de la Sala. A guisa de corolario de lo que se deja consignado, respecto de las controversias relacionas con el contrato realidad, en particular en lo que concierne a la prescripción, han de tenerse en cuenta las siguientes reglas jurisprudenciales:

- i) Quien pretenda el reconocimiento de la relación laboral con el Estado y, en consecuencia, el pago de las prestaciones derivadas de esta, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, deberá reclamarlos dentro del término de tres años contados a partir de la terminación de su vínculo contractual.*
- ii) Sin embargo, no aplica el fenómeno prescriptivo frente a los aportes para pensión, en atención a la condición periódica del derecho pensional y en armonía con los derechos constitucionales a la igualdad e irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales y los principios de in dubio pro operario, no regresividad y progresividad.*
- iii) Lo anterior, no implica la imprescriptibilidad de la devolución de los dineros pagados por concepto de aportes hechos por el trabajador como contratista, pues esto sería un beneficio propiamente económico para él, que no influye en el derecho pensional como tal (que se busca garantizar), sino en relación con las cotizaciones adeudadas al sistema de seguridad social en pensiones, que podrían tener incidencia al momento de liquidarse el monto pensional.*
- iv) Las reclamaciones de los aportes pensionales adeudados al sistema integral de seguridad social derivados del contrato realidad, por su carácter de imprescriptibles y prestaciones periódicas, también están exceptuadas de la caducidad del medio de control (de acuerdo con el artículo 164, numeral 1, letra c, del CPACA).*

²⁵ Folio 22-23 del expediente.

- v) *Tampoco resulta exigible el agotamiento de la conciliación extrajudicial como requisito previo para demandar a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que al estar involucrados en este tipo de controversias (contrato realidad) derechos laborales irrenunciables (cotizaciones que repercuten en el derecho a obtener una pensión), que a su vez comportan el carácter de ciertos e indiscutibles, no son conciliables.*
- vi) *El estudio de la prescripción en cada caso concreto será objeto de la sentencia, una vez abordada y comprobada la existencia de la relación laboral, pues el hecho de que esté concernido el derecho pensional de la persona (exactamente los aportes al sistema de seguridad social en pensiones), que por su naturaleza es imprescriptible, aquella no tiene la virtualidad de enervar la acción ni la pretensión principal (la nulidad del acto administrativo que negó la existencia del vínculo laboral).*
- vii) *El juez contencioso-administrativo se debe pronunciar, aunque no se haya deprecado de manera expresa, respecto de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, una vez determinada la existencia del vínculo laboral entre el demandante y la agencia estatal accionada, sin que ello implique la adopción de una decisión extra petita, sino una consecuencia indispensable para lograr la efectividad de los derechos del trabajador.*

De igual modo, se unifica la jurisprudencia en lo que atañe a que (i) el consecuente reconocimiento de las prestaciones por la nulidad del acto administrativo que niega la existencia de la relación laboral y del tiempo de servicios con fines pensionales proceden a título de restablecimiento del derecho, y (ii) el ingreso sobre el cual han de calcularse las prestaciones dejadas de percibir por el maestro-contratista corresponderá a los honorarios pactados.”

Frente al caso concreto se tiene que, el medio de control seleccionado, por la accionante se pide el reconocimiento de la relación laboral entre las partes; el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales tales como: cesantías, intereses de cesantías, prima de servicio, prima de vacaciones, aportes a salud y pensión, subsidio de transporte, porque prestó sus servicios como promotor en salud, en la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO, por lo que el término de prescripción extintiva a tener en cuenta, será de tres años, contados a partir de la terminación del vínculo contractual.

De conformidad con las pruebas recaudadas, como ya se advirtió en precedencia, la actora prestó sus servicios por medio de contratos de prestación de servicios, en los siguientes períodos: Del 02 de julio de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2013, y del 02 de enero de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2014. Presentando reclamación ante su empleador solicitando el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y emolumentos laborales a que había lugar, el día 4 de septiembre de 2015²⁶, es decir

²⁶ Folio 9-11 del expediente.

10 meses después de que cesó la relación contractual entre las partes, actuación esta última que interrumpe por una sola vez, el término de prescripción. La demanda se presenta ante la Oficina Judicial con fecha 4 de marzo de 2016, luego entonces, resulta claro que no ha operado el fenómeno de prescripción frente al sub lite, toda vez que desde que cesó la prestación del servicio de la actora en la entidad demandada no han transcurrido más de tres años.

3. RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO:

Corolario de todo lo expuesto, se decretará la nulidad la nulidad del acto administrativo el acto administrativo de fecha 22 de septiembre de 2015, expedidas por la Gerente de la E.S.E.CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO, y el consecuente 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 público²⁷. 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 nueva tesis del H. Consejo de Estado, se hace a título de restablecimiento del derecho, razón por la cual se ordenará que a la demandante se le pague el equivalente a las prestaciones sociales, incluyendo el derecho a vacaciones, auxilio de transporte, cesantías intereses de cesantías, prima de servicio (compensación en dinero) que percibían los empleados públicos mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, reconocimiento que debe hacerse con fundamento en los valores pactados por honorarios en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios celebrados.

El pago se percibirá por el siguiente período: Del 02 de julio de 2013 al 30 de noviembre de 2014.

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

²⁷ Más no la condición de empleado Público.

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

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

Así mismo, el tiempo de servicios, se tendrá en cuenta para efectos pensionales, razón por la cual la entidad territorial, deberá consignar al cónyuge de la actora, el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar en el porcentaje correspondiente a cargo del empleador, durante el término de la vinculación laboral con la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO.

Igualmente, no hay lugar a declarar la prescripción como excepción, porque desde la fecha de terminación de la relación laboral entre las partes, hasta la presentación de la demanda, no han transcurrido más de tres años, término de prescripción extintiva del derecho frente a este tipo de reclamaciones.

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 de los artículos 365 y 366 del C.G.P., y conforme

los parámetros establecidos en el acuerdo 1887 de 2003, modificado por el acuerdo 2222 de 2003 y a la duración del proceso, en un porcentaje del 5%.

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 del acto administrativo del fecha 22 de septiembre de 2015, mediante el cual se negó la relación laboral existente entre la entidad demandada y la señora **Deisy del Carmen Gómez Moreno** ²⁸(QEPD), y el pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos laborales adeudados, durante el tiempo que la actora se desempeñó como Auxiliar de administrativo, en el período comprendido entre el 02 de julio del 2013 hasta 31 de diciembre de 2013, y del 02 de enero de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2014.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la E.S.E. SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO, a reconocer y pagar a la actora **Deisy del Carmen Gómez Moreno (QEPD)**, identificada con C.C. N° 23.181.855, a título de restablecimiento del derecho, el valor equivalente a las prestaciones sociales comunes devengadas por los Auxiliar administrativo – promotora de salud, de vinculada mediante relación legal y reglamentaria a dicha entidad, durante el período que prestó sus servicios, esto del 02 de julio de 2013 hasta el día 30 de noviembre de 2014, sumas liquidadas conforme al valor pactado como honorarios en los contratos de prestación de servicios, al igual que serán ajustadas conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

El tiempo laborado por la señora **Deisy del Carmen Gómez Moreno (QEPD)**, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios y/u órdenes laborales, se debe computar para efectos pensionales; en consecuencia, se condena a la E.S.E. CENTRO DE SALUD SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO, a que se cancele al cónyuge de la actora, el valor de las cotizaciones dejadas de sufragar durante el término de la vinculación laboral en el porcentaje correspondiente al empleador.

²⁸ En este caso, se deberá cancelar dicha prestación al cónyuge de la ex empleada.

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

CUARTO: CONDÉNESE en costas a la parte demandada E.S.E. SAN JOSÉ DE TOLUVIEJO, a favor del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

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 del Juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA LUZ PÉREZ MANJARÉS

JUEZ