



República de Colombia
Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito
Sincelejo - Sucre

Carrera 18 No. 20 – 34, Tercer Piso, Edif. Guerra, Teléfono: 2825355

Sincelejo, seis (6) de agosto de dos mil trece (2013)

Sentencia N° 035 de 2013

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2012-00050-00

DEMANDANTE: MILAGROS EUGENIA MARTÍNEZ SAMPAYO

**DEMANDADO: EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD DE
MAJAGUAL SUCRE**

Tema: Contrato realidad

1. ASUNTO A TRATAR

Previo el agotamiento de las etapas procesales precedentes y no existiendo vicios o causal de nulidad que invalide lo actuado, procede este Despacho a dictar sentencia del MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO Y DEL DERECHO, interpuesta por MILAGROS EUGENIA MARTÍNEZ SAMPAYO, en contra la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL SUCRE, de conformidad con el artículo 187 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

2. ANTECEDENTES

2.1 BREVE RESUMEN DE LA DEMANDA.

La parte actora deprecia se declare la nulidad del oficio sin número de abril 11 de 2012, expedido por la Gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual, mediante el cual se negó el reconocimiento de la relación laboral y el consecuente reconocimiento y pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales generadas por la relación laboral que existió con la entidad demandada.

Como consecuencia de la anterior declaración y título de restablecimiento del derecho reconozca la existencia de la relación laboral y pague a favor de la actora:

- a) Cuatro meses de salarios adeudados durante la existencia de la relación laboral.
- b) La prima de servicios.
- c) La prima de navidad.
- d) La prima de vacaciones.
- e) Las vacaciones.
- f) La bonificación por servicios prestados.
- g) El auxilio de recreación.
- h) El subsidio de alimentación.
- i) La Dotación de Calzado y Vestuario de labor, tres (3) dotaciones al año.
- j) Las Cesantías e intereses a las cesantías, al final de cada vigencia.
- k) La sanción moratoria por no pago oportuno de las cesantías e intereses y demás prestaciones, desde la fecha en que se causaron hasta la fecha en que se efectuó el pago correspondiente.
- l) Los porcentajes de cotizaciones correspondientes a Pensión y Salud que debieron trasladarse a los fondos correspondientes durante los periodos de prestación de servicios.
- m) subsidio familiar.

A reintegrar los dineros que hubiesen sido descontados al salario del demandante, por concepto de retención en la fuente y que la suma resultante sea indexada, desde la fecha en que se hicieron tales descuentos hasta cuando se verifique el pago total de las obligaciones.

Condenar a la entidad demandada en costas y agencias en derecho.

Se ordene el cumplimiento de la sentencia conforme lo establece el artículo 192 del CPACA, en concordancia con el artículo 195 ibídem.

Fundamenta lo pretendido en los siguientes hechos:

1. La actora fue vinculada al Centro de Salud de Majagual Empresa Social del Estado a través de órdenes de prestación de servicios.



2. El objeto de las órdenes de prestación de servicios fue para desempeñar funciones como enfermera jefe.
3. La vinculación se dio por el período comprendido entre el mes de febrero de 2008 y el 31 de octubre de 2011.
4. La labor la desempeño en el Centro de Salud de Majagual Empresa Social del Estado y en las dependencias que le fueran ordenadas por el Gerente de la entidad ubicadas en el área rural del Municipio de Majagual.
5. Las funciones desempeñadas eran del giro ordinario de la entidad, pues debía velar por la buena coordinación del grupo de enfermeras del centro de salud además de aquellas que le eran asignadas por su superior.
6. Las funciones se desarrollaron en el horario de trabajo de todos los empleados de la entidad por tiempo completo.
7. Para ejecutar la labor contratada era supervisada por el representante legal de la misma, lo que implica una subordinación.
8. Cumplía un horario de trabajo y estaba subordinada.
9. Estuvo subordinada dado que no podía ausentarse de la sede de la entidad sin previo aviso y autorización para ello.
10. Como permaneció por más de tres años vinculada a la entidad, su labor fue permanente.
11. El tiempo que permaneció vinculada a la entidad de manera contractual indica sin elucubración alguna que las funciones desarrolladas por ella fueron necesarias y hacen parte del objeto y misión de la entidad.
12. Nunca le cancelaron los derechos salariales, prestacionales e indemnizatorios consagrados en las normas legales vigentes para la época.

13. Mediante derecho de petición de 23 de febrero de 2012, solicitó a la entidad le reconociera la existencia de la relación laboral la cual fue resuelta el 11 de abril de 2012 de manera negativa.

2.2 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El extremo pasivo guardo silencio.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1 AUDIENCIA INICIAL

Admitida la demanda¹, notificadas las partes², se procedió a realizar audiencia inicial el 9 de mayo de 2013³, previa convocatoria mediante auto.⁴

En dicha audiencia, se realizó el saneamiento del proceso, se fijó el litigio concluyéndose que el punto central de la litis es determinar si entre la demandante y la entidad demandada existió un vínculo laboral y por lo tanto existe la obligación de pagar las prestaciones sociales dejadas de percibir durante el tiempo que laboró, o si por el contrario no existió tal relación laboral existiendo un vínculo basado en un contrato de prestación de servicios.

Se realizó la etapa de conciliación la cual fue declarada fallida por cuanto el representante legal de la entidad no presentó propuesta conciliatoria.

Se fijó fecha para audiencia de pruebas para el día 26 de junio de 2013 a las 9:00 a.m.

3.2 AUDIENCIA DE PRUEBAS

Celebrada en el día y hora señalada⁵, se procedió a dejar constancia de que el apoderado judicial de la entidad no presentó las pruebas solicitadas en la audiencia inicial mediante oficio 690. Seguidamente, se escuchó la declaración

¹ Auto de fecha 5 de septiembre de 2012 (Fol. 71)

² Folio 75 a 77.

³ Folio 92 a 99.

⁴ Folio 83

⁵ Folios. 100 a 103.



de los tres testigos citados, la señora Janelis Martínez Álvarez (Minuto 10:08), Yolima Esther Vanegas Cassiandi (Minuto 22:44).

Finalmente el apoderado de la parte actora, manifestó desistir de las pruebas documentales solicitadas a la E.S.E., por considerar suficiente el material probatorio aportado con la presentación de la demanda y los testimonios recepcionados, en atención a lo cual y no habiendo más pruebas que practicar se declaró precluida la etapa probatoria.

3.3 AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Consecutivo a la celebración de la audiencia de pruebas, se dio lugar a la audiencia de juzgamiento⁶. El apoderado de la parte actora (minuto 6:31), presentó sus alegatos, reiterando los hechos, pretensiones y fundamentos de derecho expuestos en la demanda.

Por su parte, el apoderado de la entidad demandada (minuto 9:27) expuso que con los documentos allegados y los testimonios quedo demostrado que la señora MILAGROS EUGENIA MARTÍNEZ SAMPAYO prestó sus servicios en la ESE a través de órdenes de prestación de servicios tal como lo reconoce el apoderado en la demanda y los testigos, las funciones desempeñadas por la actora eran para suplir algunos eventos que la planta de personal no cubría y por eso se vio en la obligación de contratar a la actora mediante contratos de prestación de servicios conforme lo establecido en la Ley 80 de 1993.

Se refirió al principio de la realidad sobre las formas del que hizo mención el apoderado de la parte actora, manifestando que no quedó demostrado por cuanto la subordinación como bien lo manifestaron los testigos era esa simple vigilancia que ejercía la Representante Legal y que precisamente dentro de los mismos contratos existe una cláusula que establece la supervisión para verificar el cumplimiento de las obligaciones del contrato, en éste caso el jefe de talento humano que debía expedir un certificado para el pago de los honorarios, así lo consagra la cláusula tercera y el parágrafo de cada uno de los contratos que están anexos al expediente. En cuanto a la autonomía, precisó que es evidente que la actora desarrolló la actividad como Enfermera jefe de manera autónoma e independiente como contratista desde el punto de

⁶ Fl.104 a 106.

vista técnico y científico lo que no constituye un elemento del contrato de trabajo, antes por el contrario es un elemento del contrato de prestación de servicios.

En cuanto a la prestación personal del servicio, expresó que se requiere que éste sea prestado en las instalaciones de la ESE y por ende debía acudir a prestar el servicio en la entidad. En cuanto a la remuneración, señaló que los testigos reconocieron que no se le pagaba un salario sino honorarios, llegando a la conclusión de no haberse demostrado los tres elementos del contrato de trabajo.

Agregó, que a la demanda se aportaron unos documentos del año 2008 y 2009 refutando que no es cierto que se prestó el servicio por tres años como lo manifestaron. Tampoco quedó demostrado que se le quedaron debiendo salarios, por cuanto se encuentran a paz y salvo con los honorarios a la fecha. Obviamente no se le pagaron prestaciones sociales por que dentro de la figura del contrato de prestación de servicios no hay lugar al pago de ellas.

Finalmente, indicó que no se demostró la ilegalidad ni se desvirtuó la presunción de legalidad del acto administrativo de fecha 11 de abril de 2011 expedido por la Gerente de la ESE CENTRO DE SALUD DE MAJAGUA, por el cual se respondió un derecho de petición por lo cual no procede la nulidad solicitada.

El Ministerio Público no emitió concepto alguno.

Para el Despacho no fue posible comunicar el sentido del fallo, habida cuenta del estudio de las pruebas allegadas en la audiencia de precedente y en razón a que el asunto tratado versa sobre una relación de carácter legal y fáctica.

4. CONSIDERACIONES

4.1 PROBLEMA JURÍDICO.

Consiste en establecer si entre el demandante y la entidad demandada existió un vínculo laboral y por lo tanto existe la obligación de pagar las prestaciones



sociales dejadas de percibir durante el tiempo que laboró, o si por el contrario existió un vínculo basado en un contrato de prestación de servicios.

4.2 TESIS DEL DESPACHO.

Para el Despacho resulta claro que existió una relación laboral entre la señora MILAGROS EUGENIA MARTÍNEZ SAMPAYO y la ESE CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL, conforme al material probatorio aportado, los testimonios escuchados y el precedente jurisprudencial reiterado por el Consejo de Estado, en casos similares al estudiado.

4.3. EL CONTRATO REALIDAD

El artículo 32 de la Ley 80 definió en su numeral tercero el contrato de prestación de servicios, así:

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 celebrarán por el término estrictamente indispensable.

Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la H. Corte Constitucional mediante Sentencia C-154 de 1997, con ponencia del Doctor Hernando Herrera Vergara: "*salvo que se acredite la existencia de una relación laboral subordinada*", lo que significa que el trabajador puede acudir en vía judicial, a controvertir lo plasmado en el contrato, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado por el artículo 53 de la Constitución Política:

ARTICULO 53. *El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; **primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales**; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.*

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Subrayas nuestras)

La Honorable Corte Constitucional, en la citada sentencia, se refirió a este principio, manifestando:

"El principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales tiene plena operancia en el asunto, en los casos en que se haya optado por los contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de manera que, configurada esa relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación que haya adoptado el vínculo que la encuadra, desde el punto de vista formal. De resultar vulnerados con esos comportamientos derechos de los particulares, se estará frente a un litigio ordinario cuya resolución corresponderá a la jurisdicción competente con la debida protección y prevalencia de los derechos y garantías más favorables del "contratista convertido en trabajador" en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales."

En la sentencia, estableció las diferencias entre el contrato de carácter laboral y el de prestación de servicios, resaltando los elementos esenciales de cada uno de ellos y sin los cuales deviene en uno diferente, como se lee en el siguiente aparte:

"b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios."

Por su parte el Consejo de Estado en su Sección Segunda⁷, habla sobre el tema del principio de la primacía de la realidad en un contrato de prestación de servicios:

El principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, previsto en el artículo 53 de nuestra Carta Política, tiene plena operancia en aquellos eventos en que se hayan celebrado contratos de prestación de servicios para esconder una relación laboral; de tal manera que, configurada la relación dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del

⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)



derecho al trabajo y garantías laborales, sin reparar en la calificación o denominación del vínculo desde el punto de vista formal, con lo cual agota su cometido al desentrañar y hacer valer la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. Y esta primacía puede imponerse tanto frente a particulares como al Estado⁸

Adicionalmente, el artículo 25 constitucional, establece que el trabajo es un derecho fundamental que goza "...en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado.". De ahí que se decida proteger a las personas que bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios cumplan funciones y desarrollen actividades en las mismas condiciones que los trabajadores vinculados al sector público o privado, para que reciban todas las garantías de carácter prestacional, independientemente de las formalidades adoptadas por las partes contratantes.

Con respecto a los elementos de prueba para demostrar la relación laboral, se manifestó en la misma sentencia por parte del Consejo de Estado:

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 al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

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 establecidos por la jurisprudencia,⁹ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.

Con relación a la calidad de empleado público, el Consejo de Estado es claro al manifestar que por el hecho de reconocer la relación laboral no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado la misma Corporación¹⁰, sin embargo esto no obsta para que se le reconozcan a manera de indemnización las prestaciones sociales dejadas de percibir basados en los honorarios recibidos.

El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño,

⁸ Cita del texto: "Ibídem", se refiere a la siguiente cita: "Corte Constitucional. Sentencia del 19 de marzo de 1997. M.P. Hernando Herrera Vergara"

⁹ Citado en la Sentencia "Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación No. 68001-23-15-000-1998-01445-01, referencia Nro. 02990-05, actor: Mónica María Herrera Vega, demandado: Municipio de Floridablanca, C.P.: Dr. Tarsicio Cáceres Toro."

¹⁰ Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda: "Como ya lo ha expresado la Corporación, para acceder a un cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley. La circunstancia de trabajar para el Estado, no confiere la condición de empleado público."

que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas...

Respecto a la liquidación de la condena, encuentra la Sala, que es razonable la posición que ha venido sosteniendo la Sección Segunda al ordenar a título de reparación del daño, el pago de las prestaciones sociales, con base en los honorarios pactados en el contrato, pues en razón a la inexistencia del cargo en la planta de personal dichos emolumentos son la única forma de tasar objetivamente los perjuicios, ya que la otra forma sería asimilarlo a un empleado de condiciones parecidas presentándose una situación subjetiva de la Administración para definir esta identidad, implicando reabrir la discusión al momento de ejecutar la sentencia”.¹¹.

Con respecto a las prestaciones sociales a reconocer, en sentencia ya citada se ha manifestado, el Consejo de Estado acude a la clasificación que se ha hecho de estas prestaciones sobre la base de quien debe asumirlas. Unas son las que debe cancelar directamente el empleador como son entre otras las primas y las cesantías y las prestaciones sociales que se encuentran a cargo del Sistema Integral de Seguridad Social son la salud, la seguridad social, los riesgos profesionales y el subsidio familiar, que para ser asumidas o reconocidas por cada sistema debe mediar una cotización, en este caso, el empleador debe pagar la cuota parte que dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.¹²

En suma, el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre que, además de la prestación personal del servicio y la remuneración o retribución del mismo, ha tenido también lugar la subordinación o dependencia respecto del empleador, tercer elemento esencial de la relación laboral que confiere el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

Es importante resaltar, que el reconocimiento de la existencia de una relación laboral, no conlleva la condición de empleado público pues, como lo ha reiterado el H. Consejo de Estado, dicha calidad no se confiere por el solo hecho de trabajar para el Estado pues "(...) para acceder a un cargo público se

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Radicación 3074-05.

¹² CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 16 de febrero de 2012. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11)



deben cumplir todos y cada uno de los requisitos señalados en la Constitución y en la Ley (...).¹³

4.4. DEL PRESENTE CASO:

4.4.1. LA RELACIÓN Y LA REMUNERACIÓN.

La señora MILAGROS EUGENIA MARTÍNEZ SAMPAYO, manifiesta que fue vinculada a través de órdenes de prestación de servicios, prestó sus servicios personales a la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL, como Enfermera Jefe de manera permanente y bajo subordinación y ordenes de la Gerente, cumpliendo un horario de trabajo, recibiendo un pago, lo que a su juicio demuestra que las labores ejecutadas constituyen una verdadera relación laboral, puesto que se dan los tres elementos del contrato de trabajo, por ello deprecia el pago de los salarios y prestaciones sociales generados con la relación laboral existente.

En este sentido, se encuentra probado con las órdenes de prestación de servicios aportadas, que la actora prestó sus servicios como Enfermera Jefe en la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL, durante los siguientes períodos:

Tipo de vinculación	Desde	Hasta	Folios
OPS	03/06/2008	03/09/2008	29 - 30
OPS	04/09/2008	31/12/2008	33 - 34
OPS	01/02/2010	30/04/2010	39 - 41
OPS	03/05/2010	31/07/2010	43 - 45
OPS	02/08/2010	30/09/2010	46 - 48
OPS	01/10/2010	31/10/2010	50 - 52
OPS	02/11/2010	31/12/2010	55 - 57
OPS	03/01/2011	30/06/2011	59 - 61
OPS	01/07/2011	31/10/2011	64 - 66

En concordancia con la información anterior, la Gerente de la E.S.E. CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL, certificó¹⁴ los servicios prestados por la actora como Enfermera Jefe.

¹³Sentencia del 25 de enero de 2001, expediente No. 1654-2000, Magistrado ponente Nicolás Pájaro Peñaranda.

La actora fue retribuida por el ejercicio de su labor, por el valor y en la forma establecida en cada orden de prestación de servicios, a saber en:

Del 03 de junio de 2008 al 03 de septiembre de 2008 \$ 1.378.000

Del 04 de septiembre de 2008 al 31 de diciembre de 2008 \$ 1.776.086

Del 01 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2010 \$1.522.690

Del 03 de mayo de 2010 al 31 de julio de 2010 \$1.553.143

Del 02 de agosto de 2010 al 30 de septiembre de 2010 \$1.553.143

Del 01 de octubre de 2010 al 31 de octubre de 2010 \$ 1.553.143

Del 02 de noviembre de 2010 al 31 de diciembre de 2010 \$ 1.553.143

Del 03 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011 \$1.553.143

Del 01 de julio de 2011 al 31 de octubre de 2011 \$1.553.143

En relación a ello, la actora pretende se le reconozca los honorarios adeudados desde el 1 de julio al 31 octubre de 2011, hecho que se encuentra acreditado con la copia del contrato de prestación de servicio No.199, el certificado de disponibilidad presupuestal y el registro presupuestal obrantes a folios 64 - 68, documentos que no fueron tachados de falso por la entidad dentro de oportunidad procesal y que si bien el apoderado de la entidad en la audiencia de alegatos y juzgamiento refutó tal afirmación, no presentó documento que desvirtuara la existencia de la obligación en relación al tiempo señalado, por lo que deberá cancelarle a la actora la suma de SEIS MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$6.212.572) por concepto de honorarios.

Las anteriores pruebas nos llevan a la convicción de la existencia de 2 elementos del contrato de trabajo, a saber, la prestación personal del servicio y la remuneración, veamos que sucede con la subordinación:

4.4.2 LA SUBORDINACIÓN. En punto a la subordinación o dependencia, las declaraciones de terceros rendidas dentro de la oportunidad procesal correspondiente, hacen las siguientes manifestaciones:

La señora JANELIS MARTÍNEZ ÁLVAREZ (minuto 10:08), quien manifiesta ser citóloga, en relación a los hechos de la demanda expresó que la actora fue

¹⁴ Folios 36, 37, 38, 42, 49, 53 y 58.



compañera de trabajo en la ESE CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL, ella laboraba en el área de laboratorio y la actora desempeñando el cargo de Enfermera Jefe en la parte de urgencias, coordinaba las urgencias, se encargaba de las remisiones, hacia los pedidos a almacén, coordinar los turnos de las enfermeras auxiliares, en cuanto al tiempo laborado indicó, que entro en el año 2008 y salió en el 2011 cuando ella también salió, cumplía órdenes de la representante legal la doctora María Lourdes, cumplía un horario de trabajo de 7:00 a 12:00 y de 2:00 a 6:00 de la tarde horario que cumplía normalmente todos los empleados, tenía un sueldo que estaba por encima de un millón de pesos (\$1.000.000).

De igual manera, se escuchó el testimonio de la YOLIMA ESTHER VANEGAS CASSIANDI (minuto 22:44), quien manifestó ser auxiliar de enfermería, en relación a los hechos de la demanda indicó que la actora entró a trabajar en la ESE como Jefe de Enfermería, la cual era su jefe inmediato, en el área de urgencias y hospitalización, hacía los pedidos, coordinaba las remisiones, los turnos y fijaba los horarios, pero que de igual manera ella tenía una jefe que la ordenaba que la doctora María Lourdes, la actora cumplía un horario de trabajo de 7:00 a 12:00 y de 2:00 a 6:00 de la tarde, en cuanto al tiempo laborado por la actora, indicó que trabajó desde el año 2008 hasta el 2011 demoró cuatro años, era retribuida con un salario mensual que ascendía a un millón de pesos (\$1.000.000).¹⁵

En cuando a la labor desempeñada por la actora, como Enfermera Jefe de la E.S.E., es de resaltar, que es una labor intrínseca al objeto social de la entidad cual es la prestación de los servicios de salud.

El análisis anterior, evidencia entonces la configuración del elemento de subordinación que determina en estos casos la existencia de una relación laboral encubierta bajo un vínculo contractual.

Por cuanto es preciso traer a colación la decisión tomada por el Consejo de Estado en Sentencia del 18 de mayo de 2011, CP. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, a saber:

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

¹⁵ CD de audio fl.103.

*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.*¹⁶

*Así, atendiendo 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 habilita 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, conclusión que constituyó en últimas el fundamento jurídico de la providencia denegatoria proferida por el a quo.*¹⁷

*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, la especialidad de que se revisten ciertos servicios médicos -entratándose 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, de manera que no puede admitirse de manera absoluta que en cuanto a tales servicios, no quepa la figura del contrato realidad -cuando a ello haya lugar-, más cuando en casos como el que nos ocupa, el servicio público especializado contratado se encuentra previsto como un empleo público del nivel profesional, con denominación y funciones detalladas en la Ley, más exactamente en el artículo 3° del Decreto 1335 de 1990, por medio del cual el Gobierno expidió el Manual General de Funciones y Requisitos del Subsector Oficial del Sector Salud,¹⁸ y los artículos 21 y 27 del Decreto 1569 de 1998, en el que se estableció la clasificación de los empleos de las Entidades Públicas que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud.*¹⁹

¹⁶ Ley 80 de 1993. Artículo 32: (Apartes subrayados, condicionalmente Exequibles) (...) 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 celebrarán por el término estrictamente indispensable.

¹⁷ Sentencia del 17 de julio de 2003. Rad. No. 5685-02. Sentencia del 7 de abril de 2005. Rad. No. 5552-03. C. P. Jesús María Lemos Bustamante.

¹⁸ Decreto 1335 de 1990. Artículo 3o. DENOMINACIONES DE CARGOS, NATURALEZA, FUNCIONES Y REQUISITOS MÍNIMOS. Establecense para los diferentes empleos contemplados en los planes de cargos de los diferentes organismos del Subsector Oficial del Sector Salud de las entidades territoriales y sus entes descentralizados, las siguientes denominaciones de cargos, naturaleza de las funciones, funciones y requisitos mínimos: (...)

MEDICO ESPECIALISTA - 321520

1. NATURALEZA DE LAS FUNCIONES DEL CARGO.

Ejecución de labores especializadas en actividades de promoción, protección y rehabilitación de la salud del paciente, en una institución del primero, segundo o tercer nivel de atención.

2. FUNCIONES.

- Practicar exámenes de medicina especializada, formular diagnóstico y prescribir el tratamiento que debe seguirse.

- Realizar intervenciones quirúrgicas y procedimientos médicos de su especialidad o participar en ellas y controlar los pacientes bajo su cuidado.

- Atender urgencias de su especialización. (...)

3. REQUISITOS.

3.1 Estudios. Título de formación universitaria en medicina y post-grado en una de sus especialidades.

3.2 Experiencia. Un (1) año de experiencia relacionada.

¹⁹ Decreto 1569 de 1998. Artículo 15. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS EMPLEOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. De acuerdo con la naturaleza general de las funciones, la índole de sus responsabilidades y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos del área asistencial de las entidades territoriales que conforman el Sistema de Seguridad Social en Salud se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos:

Directivo, Asesor, Ejecutivo, Profesional, Técnico y Auxiliar.

Artículo 21. DE LA NOMENCLATURA Y CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. El nivel Profesional está integrado por los siguientes empleos:

Código Denominación del empleo (...)



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

Ahora, 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, se tiene que conforme a la documentación aportada y la declaración acopiada, podemos afirmar, que el vínculo contractual que ligó a la actora con la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL SUCRE, trascendió más allá de lo pactado, convirtiéndose en una verdadera relación laboral, en la que estuvieron presentes sus elementos esenciales antes mencionados:

- ✓ Prestación personal del servicio
- ✓ Retribución y
- ✓ Continuada subordinación y dependencia

Determinada la existencia de una verdadera relación laboral, resulta procedente declarar la nulidad del acto administrativo acusado, estableciendo la protección al derecho al trabajo y al derecho a la igualdad invocada por la actora, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, por ende, la accionante tendrá derecho a percibir a título de indemnización las prestaciones sociales de los servidores incluidos en la planta de personal de la accionada, por laborar en igualdad de condiciones, lo que determina la nulidad del acto presunto acusado.

310 Médico General

301 Médico Especialista (...)

Artículo 27. DE LOS REQUISITOS DE LOS EMPLEOS DEL NIVEL PROFESIONAL. Para el desempeño de los empleos correspondientes al nivel profesional de que trata el artículo 21 del presente decreto se deberán acreditar los siguientes requisitos por cargo, así: (...)

Código Denominación

301 Médico Especialista

Título universitario en Medicina y postgrado en una de las especialidades de la medicina.

4.5 SANCIÓN MORATORIA

La parte actora solicitó el pago de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías e intereses, en relación a lo deprecado, es de precisar que cuando se demanda la declaración de la relación laboral de los contratos de prestación de servicios los derechos surgen a partir de dicho reconocimiento, conforme a lo cual no es procedente establecer que la administración haya incurrido en mora en el pago de las cesantías.

Se insiste, tratándose del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la existencia de la obligación emanada de la relación laboral y los derechos determinados no son exigibles al momento de la presentación del simple reclamo ante la Entidad, sino que nacen a partir de la sentencia, y su exigibilidad desde su ejecutoria.

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

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

Asimismo se ha indicado:

Como se observa, el término de prescripción de tres años se cuenta desde que la obligación se hace exigible, pero debe tenerse en cuenta que en el contrato de prestación de servicios, el derecho surge desde el momento en que la sentencia lo constituye a favor del contratista junto al restablecimiento traducido en el pago de la suma indemnizatoria, porque previo a la expedición de la sentencia que declara la primacía de la realidad laboral sobre la contractual, no existe ningún derecho a favor del contratista de prestación de servicios emanado de un vínculo laboral, con lo que resulta, que es imposible que se pueda predicar la prescripción de un derecho que no ha nacido a la vida jurídica. No resulta razonable aplicar la prescripción trienal a la indemnización que se reconoce al contratista en la sentencia, si se tiene en cuenta que como se advirtió, dicha figura es una sanción al titular del derecho por no ejercerlo dentro de los plazos que la ley le otorga, derecho que solo se constituye en la sentencia que determina la existencia de la relación laboral."²⁰

En este sentido, tampoco abra lugar a reintegrarle a la actora los valores que se le hubieren descontado por concepto de retención en la fuente, por no ostentar la calidad de servidor público.

²⁰ Sentencia 6 de marzo de 2008, M. P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, Exp. 2152-06, Actor: ROBERTO URANGO CORDERO.



4.6 LA CONDENA Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.

De acuerdo a lo probado por la parte actora y los fundamentos jurídicos relacionados, se accederá a las pretensiones de la demanda, de manera parcial declarando la nulidad del acto administrativo y a título de restablecimiento del derecho, se condenará al demandado a reconocer y pagar a la demandante a título de indemnización los valores adeudados, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios para los períodos invocados, que servirá de base para la liquidación de la indemnización equivalente a las prestaciones sociales que devengara cualquier servidor al servicio de la entidad demandada, durante el término durante el cual prestó sus servicios la actora.

De igual manera, los honorarios debidos por el período comprendido entre el 1 de julio a 31 de octubre de 2011.

En tal sentido, el Despacho ordenará reintegrar a la actora los porcentajes de ley que debieron ser trasladados por el ente territorial demandado como aportes al sistema de seguridad social, por los mismos conceptos, conforme lo ha previsto la reciente jurisprudencia de nuestro órgano de cierre.²¹

La configuración del llamado contrato realidad no implica la declaratoria de existencia de una relación legal y reglamentaria de la que se pueda inferir la calidad de servidor público y las prerrogativas que tal calidad arrastran, pues esta solo se alcanza con la posesión en el cargo, luego de cumplir con los requisitos constitucionales y legales exigidos para ello.

Tales cantidades, deberán ser resueltas con aplicación de lo dispuesto en los artículos 187 y 192 del CPACA.

4.7 NO CONDENA EN COSTAS

Atendiendo lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, que manifiesta que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, siendo su liquidación y ejecución conforme al Código de Procedimiento Civil, en el cual en su artículo

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Consejera Ponente Bertha Lucia Ramírez de Páez. Radicación N° 73001-23-31-000-2000-03449-01 (3074-05)

392, numeral 6, que en caso de condenas parciales el Despacho podrá abstenerse de condenar en costas, se considera que ante la no existencia de actitudes desleales o dilatorias, el despacho no condenará en costas al a parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

F A L L A

PRIMERO: Declarar la nulidad del Acto Administrativo contenido en el oficio sin número de 11 de abril de 2012, expedido por la Gerente de la ESE Centro de Salud de Majagual.

SEGUNDO: A título de restablecimiento del derecho, condenar la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO CENTRO DE SALUD DE MAJAGUAL SUCRE a reconocer y pagar a la señora MILAGROS EUGENIA MARTÍNEZ SAMPAYO identificada con la cédula de ciudadanía No.64.726.682, a título de indemnización, la cantidad de dinero equivalente a las prestaciones sociales recibidas por los empleados públicos de la planta de personal de la entidad, y reintegrar a la actora los porcentajes de ley que debieron ser trasladados por el ente territorial demandado como aportes al sistema de seguridad social, según la forma indicada en la parte motiva, teniendo en cuenta para ello las sumas pactadas en cada orden de prestación de servicios para los siguientes extremos temporales:

- ✓ Del 03 de junio de 2008 al 03 de septiembre de 2008
- ✓ Del 04 de septiembre de 2008 al 31 de diciembre de 2008
- ✓ Del 01 de febrero de 2010 al 30 de abril de 2010
- ✓ Del 03 de mayo de 2010 al 31 de julio de 2010
- ✓ Del 02 de agosto de 2010 al 30 de septiembre de 2010
- ✓ Del 01 de octubre de 2010 al 31 de octubre de 2010
- ✓ Del 02 de noviembre de 2010 al 31 de diciembre de 2010
- ✓ Del 03 de enero de 2011 al 30 de junio de 2011
- ✓ Del 01 de julio de 2011 al 31 de octubre de 2011



TERCERO: Reconózcase la sumas adeudadas por salarios en el periodo comprendido entre el 01 de julio al 31 de octubre de 2011.

CUARTO: La entidad demandada deberá cumplir esta decisión en los términos de los artículos 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: Niéguese las demás suplicas de la demanda.

SEXTO: No hay lugar a condena en costas.

SÉPTIMO: Ejecutoriada esta sentencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ DAVID DÍAZ VERGARA
Juez