



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, dieciocho (18) de septiembre de dos mil catorce (2014)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 142

TEMAS:	RELACIÓN LABORAL COMO REALIDAD – PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LA FORMALIDAD - PRUEBA SUFICIENTE SOBRE LA SUBORDINACIÓN COMO CARACTERÍSTICA DIFERENCIADORA ENTRE EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LA RELACIÓN LABORAL
INSTANCIA:	SEGUNDA

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 29 de abril del 2014 por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE SINCELEJO - SUCRE dentro del medio de control de NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO promovido por ÁLVARO MOISÉS ESTRADA HERNÁNDEZ, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES:

1.1. PRETENSIONES:

Solicita el demandante:



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

- 1.1.1. Que se declare la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución N°. 4038 de fecha 9 de octubre de 2012, el cual fue expedido por el Gobernador de Sucre, a través del cual se negó el reconocimiento y pago de las asignaciones básicas correspondientes al 18 de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011 y las prestaciones sociales a las cuales tiene derecho un servidor del orden departamental, tales como; Prima de navidad, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por recreación, viáticos y gastos de viaje, cotizaciones al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, aportes al fondo de cesantías con sus respectivos intereses y los demás emolumentos salariales y prestacionales.
- 1.1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se proceda a efectuar el correspondiente restablecimiento del derecho, en el sentido de ordenar a que la entidad demandada le reconozca y pague al demandante el equivalente a todas las prestaciones sociales a que tiene derecho, Prima de navidad, prima semestral, bonificación por servicios prestados, prima de servicios, prima de vacaciones, compensación de las vacaciones, bonificación por recreación, viáticos y gastos de viaje, cotizaciones al régimen de seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, aportes al fondo de cesantías con sus respectivos intereses y los demás emolumentos salariales y prestacionales, así mismo debe la administración reconocer y cancelar la sanción moratoria a que hace referencia el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignar las cesantías en los términos legales.
- 1.1.3. Que las respectivas sumas de dinero sean indexadas y así mismo se condene en costas a la parte demandada.



1.2. RESEÑA FÁCTICA:

Menciona el demandante, que fue vinculado por la DASSSALUD – SUCRE mediante la modalidad de contrato de prestación de servicio en el cargo de Químico Farmacéutico con funciones de inspección, vigilancia y control de medicamentos, el cual desempeñó de manera personal y subordinada, desde el 18 de mayo de 2004 hasta el 31 de diciembre de 2011, momento en el que fue desvinculado de su cargo sin mediar justificación alguna.

Sostiene que, pese a estar vinculado mediante contrato de prestación de servicios debía cumplir funciones propias de los empleados de planta, como también un horario de trabajo de lunes a viernes de 8 a 12 am y de 2 a 6 pm y órdenes o instrucciones directas de los empleados públicos del nivel directivo de DASSSALUD – Sucre y en especial de la Líder de División Organización y Desarrollo de la misma entidad, Doctora Salwa Rapag Carminhael, quien fungía en teoría como la Supervisora de los contratos, pero que en la práctica era la Jefe Inmediata.

Manifiesta que, la finalidad de la demandada al contratar bajo esta modalidad era únicamente evadir el pago de salarios y prestaciones sociales a los cuales tiene derecho en calidad de empleado público debido a que en la práctica no era contratista de la administración, sino un verdadero empleado público de hecho o de investidura irregular.

Señala que, nunca fue afiliado al régimen de seguridad social integral en salud, pensiones y riesgos profesionales, tampoco le fueron cancelados sus salarios y mucho menos las prestaciones sociales a que tiene derecho los empleados públicos de conformidad con el régimen jurídico aplicable.

Con relación a la remuneración salarial recibida, expresó que fue variando en cada uno de los contratos u órdenes de prestación de servicios, precisando que a la



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

fecha de terminación de la relación laboral devengaba como salario la suma de Dos Millones Trescientos Cuarenta Mil Pesos Mensuales \$2.340.000.

Manifiesta que, el día 25 de septiembre de 2012, solicitó ante la demandada el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho, recibiendo respuesta negativa de la entidad mediante Resolución N° 4038 de 9 de octubre de 2012, suscrita por el Gobernador de Sucre, argumentando que no tenía derecho a lo solicitado por no tener un vínculo laboral con el Departamento de Sucre - Dasssalud.

1.3. NORMAS VIOLADAS:

En cuanto a las normas violadas mencionó las siguientes:

- La Constitución Política en sus Artículos: 2, 6, 13, 25, 29, 53, 93, 122 inciso 2° del artículo 123 y 125.
- Artículo 25 de la Convención América de Derechos Humanos.
- Decreto 1042 de 1978.
- Decreto 1045 de 1978.
- Decreto 1919 de 2002.
- Ley 909 de 2004.

1.4. CONCEPTO DE VIOLACIÓN:

Argumenta la demandante que en el presente caso DASSSALUD SUCRE, vinculó al actor bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios con el objeto de evadir el pago de las prestaciones sociales y demás derechos laborales a los cuales por su relación laboral tiene derecho en igualdad de condiciones de empleado público, pues cumple las funciones propias de su cargo, QUÍMICO FARMACÉUTICO, sujeto a un horario de trabajo y al cumplimiento de órdenes



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

o instrucciones por parte del nominador dela entidad empleadora.

Destaca que, la naturaleza del cargo que desempeñaba es de carrera administrativa, sin embargo fue contratado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios u órdenes de prestación de servicios, convirtiéndose en un funcionario de hecho, toda vez que cumplía un horario de trabajo, una funciones propias de un empleado de carrera administrativa y estaba sujeto a la supervisión o subordinación del representante de la entidad o en su defecto los demás funcionarios de alto rango.

Precisa que, el funcionario o empleado de hecho o de investidura irregular, tiene origen en las siguientes causas: a) un individuo que no llena las condiciones legales y al cual se le nombre o elige para determinada función; b) el funcionario que después de expirado el plazo establecido por la ley, sigue desempeñando sus funciones, y c) el funcionario que pese haber sido separado o suspendido de su cargo continua ejerciéndolas mismas.

En apoyo de lo dicho, trae como referencia el concepto de “funcionario de hecho” del tratadista Uruguayo, *JULIO A. PRAT registra a JEZZE y SAYAGUES LASSO*, así: “es aquel que ejerce efectivamente las funciones públicas, como si realmente fuera funcionario” y menciona además que el citado autor lo denomina de *investidura plausible* configurada por la existencia de: a) De jure del cargo y de la función, b) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo desempeñaría una persona nombrada regularmente.

Así mismo, cita como referencia la Sentencia de Noviembre 25 de 1991, expediente 4639, M.P. Joaquín Barreto Ruiz, proferida por el Honorable Consejo de Estado, en la que se indica que “...el *funcionario de hecho* es aquel que desempeña un cargo en virtud de una investidura irregular...”. Al igual que las Sentencia de 19 de febrero y 21 de mayo de 2009, de la misma corporación para referirse al principio de la primacía de la realidad, de la siguiente manera: “*la relación de trabajo*



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

se encuentra constituida por tres elementos, a saber: La subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido.” Precisando al respecto que los precedentes citados en antecedencia guardan armonía con varios pronunciamientos de la Honorable Corte Constitucional, tales como C-154 de 1997 y C-614 de 2009.

En síntesis, manifiesta que confrontado el análisis jurisprudencial anterior con la realidad práctica especialmente en el sector salud, es claro que en el caso del actor se debe aplicar el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, establecida en el artículo 53 Constitucional, pues bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios se pretende ocultar una relación legal y estatutaria.

Por último, refiere que por estar demostrado que el vínculo que ata al actor con la administración es de tipo laboral, necesariamente deben reconocérsele los salarios y prestaciones salariales invocadas en la demanda.

1.5. ACTUACIÓN PROCESAL:

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 15 de abril de 2013 (Fol. 20 C. Principal).
- Admisión de la demanda: 22 de julio de 2013 (Fol. 68 a 69 C. Principal).
- Notificaciones: 16 de agosto y 13 de septiembre de 2013 (Fol. 73 y 77 C. Principal).
- Contestación a la demanda: 01 de noviembre de 2013 (Fol. 78 a 80 C. Principal).
- Audiencia inicial: 30 de enero de 2014 (Fol. 127 a 130 C. Principal).
- Audiencia de pruebas: 05 de marzo de 2014 (fol. 138 – 139 C. Principal)
- Sentencia de primera instancia: 29 de abril de 2014 (Fol. 153 - 160 C.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Principal).

- Presentación Recurso de Apelación: 08 de mayo de 2014 (Fol. 165 a 166 C. Principal)
- Auto que admite el recurso de apelación: 26 de junio de 2014 (Fol. 3 Cuaderno N° 2).
- Auto que ordena traslado para alegatos de cierre: 10 de julio de 2014 (Fol. 14 Cuaderno No. 2).

1.6. RESPUESTA A LA DEMANDA¹:

El ente demandado, contestó la demanda dentro del término de traslado, oponiéndose a las pretensiones propuestas, aceptando algunos hechos y negando otros.

Como medios de defensa, propone la excepción de inexistencia del derecho reclamado y en su sustento manifestó, que el contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestre 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 del principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, lo cual no ocurrió en el presente caso, pues lo que se desprende entre las partes es la gestión de una actividad coordinada y complementaria.

1.7. LA PROVIDENCIA RECURRIDA²:

El Juez de primera instancia, resolvió denegar las súplicas de la demanda, argumentando que en el presente caso no se logró acreditar la existencia de los tres (3) elementos que configuran la relación laboral entre las partes circunstancia que impide la declaratoria de los derechos reclamados.

¹ Fols. 78 a 80 Cuaderno principal

² Fols. 153 a 160 Cuaderno principal.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Así mismo, destacó que tampoco se demostró que las funciones realizadas por el actor correspondieran a las de un empleado de planta, lo que permite inferir que su contratación tuvo lugar por razones del servicio y que además se llevó a cabo en períodos determinados e interrumpidos, circunstancia que descarta la permanencia del mismo en la entidad demandada.

En lo que respecta a los testigos, expresó que si bien en ambas intervenciones se hace alusión a los aspectos relacionados con las funciones desarrolladas y el horario de trabajo, no se aportó prueba que acredite realmente el elemento subordinación, como tampoco se allegaron documentos que acrediten la realización o entrega de los mencionados cronogramas de actividades y quien era el jefe inmediato.

En síntesis, al no ser desvirtuada la presunción de legalidad del auto acusado, dispuso denegar las súplicas de la demanda, condenando en costas a la parte vencida en un porcentaje del 2% de las pretensiones invocadas en la misma.

1.8. EL RECURSO DE APELACIÓN³:

La parte demandante, inconforme con la decisión adoptada por el *A quo* en el fallo de instancia, de manera oportuna, interpuso el recurso de apelación en el siguiente sentido:

Manifestó que, con las declaraciones rendidas en el proceso, se logra demostrar la configuración de los tres (3) elementos esenciales de una verdadera relación laboral, teniendo en cuenta que ambas coinciden en afirmar aspectos relacionados con el horario de trabajo, las funciones desempeñadas, la actividad personal del trabajo, la subordinación o dependencia y la remuneración percibida en ejercicio de las funciones propias de un empleado público.

Considera que, los testigos dan fe que tanto el actor como sus demás compañeros

³ Fols. 165 a 166 Cuaderno principal.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

de trabajo prestaban sus servicios personales en las instalaciones de DASSSALUD SUCRE y que en su ejercicio les correspondía trasladarse a otros municipios, demostrando con ello, la prestación personal del servicio.

Cuestiona que, el operador jurídico de instancia al analizar el elemento subordinación en forma literal y exegética se apegó a las pruebas documentales obrantes en el expediente, las cuales tienen origen en procesos contractuales utilizados entre otras cosas para desdibujar una verdadera relación laboral, desconociendo con ello la importancia de las declaraciones recepcionadas de las cuales claramente se desprenden que estamos en presencia de una relación laboral desdibujada y desnaturalizada por la utilización de la figura contractual, denominada contrato de prestación de servicios.

Pone de presente además que, en su decisión, en forma contradictoria, acepta el cumplimiento del horario de trabajo pero no le da la valoración debida a la dependencia y subordinación que tenía el actor frente al líder del Programa de organización y desarrollo, Doctora Salvag Rapag Carmichael, por ello, mal podría afirmarse que su labor era coordinada y con plena autonomía, cuando este debía cumplir un horario de trabajo en las instalaciones de la demandada, utilizando los elementos por ella proporcionados y bajo la dependencia de un empleado del nivel directivo.

Conforme a los anteriores argumentos, solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

1.9. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA⁴:

Mediante auto del 10 de julio de 2014, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio público para que emitiera su respectivo concepto.

⁴ Fols. 14 C-2. (Alegatos parte demandante).



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

En esta oportunidad procesal, el demandado mediante escrito recibido el 24 de julio de 2014, presentó sus alegatos, en donde coadyuva totalmente el criterio que tuvo el Juez Octavo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo dentro del proceso de la referencia en la sentencia emitida con fecha del 29 de abril de 2014, de absolver al Departamento de Sucre – Dasssalud, pues dicho fallo se ajusta a derecho y a los precedente jurisprudencial aplicables al caso particular.

La parte demandante presentó escrito de alegatos en el que reiteró los argumentos planteados en el recurso de apelación interpuesto y por ende solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las súplicas de la demanda.

El MINISTERIO PÚBLICO no emitió concepto al respecto.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Sala es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de Nulidad y Restablecimiento, según lo establecido en el artículo 153 del C.P.A.C.A., en Segunda Instancia.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.1. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes y la argumentación de la demandante apelante, entra la Sala a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿En aplicación del principio del derecho laboral de primacía de la realidad frente a la forma, puede una persona demostrar la existencia de un vínculo material con una entidad pública y derivar de ello todas las consecuencias jurídicas de una



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

relación laboral como realidad?

De ser positiva la respuesta al anterior interrogante ¿qué elementos se deben demostrar para ello?

Para dar respuesta a los anteriores cuestionamientos, la Sala abordará los siguientes temas, teniendo en cuenta los planteamientos presentados en los problemas jurídicos y las particularidades del caso bajo estudio: 1. El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales públicas. 2. La regulación especial en caso de labores permanentes relacionadas con la prestación de servicios de Salud. 3. Funciones del Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud 4. El caso concreto.

2.2. EL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES PÚBLICAS:

El tema en debate, no ha sido pacífico al interior de la jurisprudencia del CONSEJO DE ESTADO, partiendo de la base que en múltiples ocasiones la administración contrata a su personal a través del contrato estatal de prestación de servicios profesionales, para lo que efectivamente se encontraba facultado de acuerdo con el Decreto 222 de 1983 “*Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones*” y posteriormente conforme el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, **pero resulta innegable que igualmente el artículo 53 de la C.P., consagra como principios en toda relación laboral, el de la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales y el de primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.**

Así pues, encontramos como la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del CONSEJO DE ESTADO, a través de la providencia radicada IJ0039 de 2003, dio prevalencia a la norma de la contratación estatal. En los apartes más importantes de



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

esta providencia, dijo el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa:

“En el aparte transcrito la norma señala el propósito de dicho vínculo contractual, cual es el de que se ejecuten actos que tengan conexión con la actividad que cumple la entidad administrativa; además, que dicha relación jurídica se establezca con personas naturales, bien sea cuando lo contratado no pueda realizarse con personal de planta, lo que a juicio de la Sala acontece, por ejemplo, cuando el número de empleados no sea suficiente para ello; bien sea cuando la actividad por desarrollarse requiera de conocimientos especializados.

Resulta, por consiguiente, inadmisibile la tesis según la cual tal vínculo contractual sea contrario al orden legal, pues como se ha visto, éste lo autoriza de manera expresa.”⁵

No obstante la anterior posición se tornó en una decisión aislada, dado que con posterioridad y de manera reiterada, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso del Consejo de Estado, retomó su postura inicial, la cual se resume que de existir una prestación personal de un servicio, una remuneración y la subordinación o dependencia, existe una verdadera relación de trabajo, por lo que da prevalencia a los principios constitucionales ya mencionados. Sobre este punto, esta Judicatura trae a colación, la siguiente providencia, la que por su riqueza conceptual se transcribe *in extenso*:

“2.1 El contrato de prestación de servicios y la teoría de la relación laboral. La Constitución Política de 1991, contempló en el Capítulo II, de la función pública, lo siguiente:

“Art. 122.- No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. (Inc. 1º)... ”

“Art. 125 Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley (...).”

De acuerdo con las citadas normas, nuestro régimen jurídico tiene previstas tres clases de vinculaciones con entidades del Estado que tienen sus propios elementos tipificadores, a saber:

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: NICOLÁS PAJARO PEÑARANDA. Sentencia del 18 de noviembre de 2003. Radicación número: 17001-23-31-000-1999-0039-01(IJ). Actor: MARÍA ZULAY RAMÍREZ OROZCO. Demandado: DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

a) De los empleados públicos (relación legal y reglamentaria); b) De los trabajadores oficiales (relación contractual laboral) y c) De los contratistas de prestación de servicios (relación contractual estatal).

Si en el caso de los contratos de prestación de servicios se llegan a desdibujar sus elementos esenciales, corresponderá decidir, ya sea a la justicia ordinaria, cuando la relación se asimile a la de un trabajador oficial o, a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando el contratista desarrolle el objeto del contrato ejerciendo las mismas funciones que corresponden a un cargo de empleado público.

Respecto a la carga probatoria que tiene quien pretenda obtener a su favor los beneficios del contrato de trabajo, vale la pena, traer a colación las orientaciones señaladas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 1º de junio de 2004, con radicación 21554:

“Es verdad que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la presunción de que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo, frente a la cual la jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha sido del criterio de que quien la alegue en su favor tiene que demostrar la prestación personal del servicio para entenderse cobijada por ella, mientras que al beneficiario de dicha prestación es a quien le corresponde desvirtuar que en la misma no existe el elemento de la subordinación (subrayas de la Sala).

...

2.3 Limitaciones legales a la utilización del contrato de prestación de servicios.

...

Como puede observarse, el ordenamiento jurídico ha previsto no sólo la prohibición de celebrar contratos de prestación de servicios para llevar a cabo funciones propias previstas en la ley o en los reglamentos para un empleo público, sino que también sanciona al servidor que realice dicha contratación por fuera de los fines contemplados en el estatuto de contratación estatal.

2.4 Solución judicial a la utilización fraudulenta del contrato de prestación de servicios.

La jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia como de esta Corporación han acudido a principios constitucionales en la solución de controversias que tienen que ver con relaciones laborales o legales y reglamentarias disfrazadas mediante contratos de prestación de servicios, las cuales se realizan con el principal propósito de evitar el pago de los beneficios prestacionales inherentes a las primeras.

En la práctica, cuando el Legislador utilizó la expresión "En ningún caso... generan relación laboral ni el pago de prestaciones sociales" no consagró una presunción de iure o de derecho, que no admite prueba en contrario, puesto que el afectado, como ya se vio, podrá demandar por la vía judicial competente el reconocimiento de la existencia de la vinculación laboral y, por consiguiente, el pago de las prestaciones sociales a que haya lugar.

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



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

principio se concretará en la protección del 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 Estado.⁶

*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.*

En sentencia de fecha 18 de noviembre de 2003⁷, la Sala Plena del Consejo de Estado abordó el tema de los contratos de prestación de servicios y en aquella oportunidad negó las pretensiones de la demanda porque se acreditó en el plenario que en la ejecución de las órdenes suscritas por la parte actora se encontraba presente el elemento "coordinación". No obstante, esta pauta jurisprudencial no resulta aplicable en los eventos en los cuales se acuda al elemento "subordinación" aspecto trascendente que como se anotó requiere ser acreditado fehacientemente, en la tarea de desentrañar la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades.

*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,⁸ 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.

Posteriormente, en sentencia del 28 de julio de 2005, Exp. 5212-03, con ponencia del

⁶ *Ibídem.*

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, radicación IJ 0039-01, M.P.: Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda, Demandante: María Zulay Ramírez Orozco.

⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "B", sentencia de fecha 29 de septiembre de 2005, radicación Nro. 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.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

doctor Tarcisio Cáceres Toro, se efectuó un análisis de la forma de vinculación de los empleados públicos, precisando que “para que una persona natural **desempeñe un EMPLEO PÚBLICO, EN CALIDAD DE EMPLEADO PÚBLICO (RELACIÓN LEGAL Y REGLAMENTARIA)** que se realice su **ingreso al servicio público** en la forma establecida en nuestro régimen, vale decir, **requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión**, para poder entrar a ejercer las funciones del empleo. Con ello la **persona nombrada y posesionada** es quien se halla investida de las facultades y debe cumplir sus obligaciones y prestar el servicio correspondiente. Ahora, muy excepcionalmente se da el caso de los **FUNCIONARIOS DE HECHO**, donde estos requisitos para el ingreso al empleo no se cumplen satisfactoriamente y cuyas repercusiones en diferentes campos del derecho han sido analizadas; para esta figura es indispensable la EXISTENCIA DEL EMPLEO, lo cual implica que esté previsto en la respectiva PLANTA DE PERSONAL” (negrilla y subrayados originales del texto).

Y en sentencia de 15 de junio de 2006⁹, esta Subsección precisó que “cuando existe contrato de prestación de servicios entre una persona y una entidad pública y se demuestra la existencia de los tres elementos propios de toda relación de trabajo, esto es, subordinación, prestación personal y remuneración, surge el derecho a que sea reconocida una relación de trabajo que, en consecuencia, confiere al trabajador las prerrogativas de orden prestacional”.
(...)

“En consecuencia, **se reconocerá una indemnización por las prestaciones sociales dejadas de percibir**, para cuya liquidación se tomará como base el valor del respectivo contrato u orden de prestación de servicios” (resaltado de la Sala).

Recientemente, esta Sección modificó la tesis que reconocía al contratista que lograba demostrar los elementos de la relación laboral las prestaciones sociales dejadas de percibir a “título de indemnización”, considerando que las mismas se otorgan a título de “reparación del daño”, sin que por ello se convierta automáticamente en un empleado público:

“El fundamento según el cual el contratista que desvirtúa su situación no se convierte automáticamente en empleado público, no restringe la posibilidad de que precisamente luego de probar la subordinación se acceda a la reparación del daño, que desde luego no podrá consistir en un restablecimiento del derecho como el reintegro, ni el pago de los emolumentos dejados de percibir, pues evidentemente el cargo no existe en la planta de personal, pero sí el pago de la totalidad de las prestaciones sociales que nunca fueron sufragadas.

(...)

Por lo anterior, los derechos que por este fallo habrán de reconocerse, se ordenarán no a título de indemnización, como ha venido otorgándose de tiempo atrás, sino como lo que son: el conjunto de prestaciones generadas con ocasión de la prestación del servicio y el consecuente

⁹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, radicación No. 2603-05, C.P. Dr. Jesús María Lemos Bustamante.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

cómputo de ese tiempo para efectos pensionales junto con el pago de las cotizaciones correspondientes, aspectos éstos que no requieren de petición específica, pues constituyen una consecuencia obligada de la declaración de la existencia de tal relación...^{10, 11}

De la extensa cita traída a colación, podemos concluir que la posición del Consejo de Estado, privilegia la aplicación de las normas constitucionales sobre protección al trabajo, al trabajador y los derechos irrenunciables de este, garantía dentro de la cual se encuentra la de la prevalencia de la realidad sobre la forma, posición que es claramente compartida por este Cuerpo Colegiado, dado que nos encontramos frente a unas normas superiores que consagran los derechos mínimos que deben gozar todos los trabajadores, y por tanto, cualquier interpretación que se haga de las fuentes inferiores, deben respetar y guardar coherencia con los artículos 25 y 53 constitucionales.

Por lo enunciado, es claro que en caso de que se contrate a una persona a través del contrato de prestación de servicios, pero este logre demostrar los elementos esenciales de una relación laboral como realidad, es decir, la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración, claramente debe la forma jurídica ceder

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda, Sent. del 19 de febrero de 2009. Rad. 3074-05. C.P, Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08). Actor: JOSÉ DOLORES OROZCO ALTAMAR. Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y CORPES.

En igual sentido y citando solo a título de ejemplo, la Sala trae a colación las siguientes providencias, siendo incontable el universo existente de ellas:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. CONSEJERO PONENTE JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE. Sentencia del 23 de agosto de 2007. EXPEDIENTE No. 050012331000199803896-01. No. INTERNO: 8053-2005. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: GUSTAVO DE JESÚS CARVAJAL RODRÍGUEZ.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: JAIME MORENO GARCÍA. Sentencia del 28 de febrero de 2008. REF: EXP. No. 68001-23-15-000-2001-00688-01 No. Interno: 1064-07 P2. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: MARÍA ISABEL REDONDO SERRANO.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN A. CONSEJERO PONENTE: DR. LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO. Sentencia del 21 de octubre de 2009. Expediente No. 05001-23-31-000-2001-03454-01. No. Interno: 2725-08 P3. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JESÚS ALBINO SILDARRIAGA MOLINA.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

ante la verdad, y el Juez debe declarar la existencia de la misma y ordenar las indemnizaciones a que haya lugar.

2.3. LA REGULACIÓN ESPECIAL EN CASO DE LABORES PERMANENTES:

Tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, han concluido que en tratándose de labores que la entidad pública debe desarrollar de forma permanente, es decir, que son **propias de su objeto o funciones** fijadas por la norma que regula la vida de la entidad pública, existe una prohibición general de realizar contratos de prestación de servicios, lo que se deriva de la aplicación misma de la ley. En este sentido se trae a colación las siguientes providencias sobre el tema:

“En conclusión, como la Corte encuentra ajustado a la Constitución que el legislador haya prohibido a la administración pública celebrar contratos de prestación de servicios para el ejercicio de funciones de carácter permanente, porque para ello se requiere crear los empleos correspondientes, debe declararse la exequibilidad de la disposición normativa impugnada.”¹²

“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,¹³ para desentrañar de la apariencia del contrato de prestación de servicios una verdadera relación laboral. Todo ello con el

¹² *Ibidem*, sentencia donde se estudia la constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Ley 3074 de 1968 Que dispone:” ARTICULO 1o. Modifícase y adiciónase el Decreto número 2400 de 1968, en los siguientes términos: ...Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”

¹³ 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.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

propósito de realizar efectivamente el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral.”¹⁴

“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 órdenes 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.”¹⁵

Recientemente el Honorable Consejo de Estado, mediante Sentencia de julio 10 de 2014¹⁶ al estudiar un asunto similar reiteró que es posible inferir la existencia del contrato realidad, en aquellos eventos en los cuales un trabajador ha estado vinculado al servicio de una entidad por largos periodos, cumpliendo funciones que guardan relación con su objeto o naturaleza, de forma continua o permanente, bajo el sometimiento de un horario de trabajo y la asistencia a las instalaciones propias de la entidad o extramurales, percibiendo una remuneración por sus servicios, pues los aspectos anteriores demuestran la ausencia plena de la autonomía e independencia al igual que la temporalidad u ocasionalidad de sus

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 16 de febrero de 2012. Radicación número: 41001-23-31-000-2001-00050-01(1187-11). Actor: EDUARDO NIÑO PAREDES. Demandado: MUNICIPIO DE YAGUARA, HUILA.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “A”. Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 18 de mayo de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08488-02(0056-10). Actor: MARITZA MERCEDES HERRERA HERRERA. Demandado: ESE LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO.

¹⁶ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B” Expediente: 05001-23-31-000-2001-00102-01, referencia 2661-2012, actor: ALEX ZANDRA PRIETO GONZÁLEZ, demandado: E.S.E. Metro Salud.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

servicios, elementos propios del Contrato de Prestación de Servicios, regulado por la Ley 80 de 1993. Se trae a colación extractos de la citada decisión, así:

*“Del acervo probatorio recaudado se infiere que la actora desarrolló funciones como OPTOMERTRA en la Unidad Prestadora de Servicios de Salud de Manrique, durante el lapso comprendido entre el 16 de septiembre de 1994 a 15 de diciembre de 1997, es decir, por espacio de tres (3) años y tres (3) meses, mediante contratos de prestación de servicios sucesivos para atender la labor en forma permanente, lo que sin lugar a dudas, **evidencia el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios profesionales.***

*Las labores que desempeñó la señora Prieto González en consulta realizada dentro del Programa de Salud Visual de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud de Manrique en los horarios fijados por la entidad y en extramuros, en las escuelas públicas, en jornadas de lunes a viernes, previa programación y turnos agendados, bajo la continua supervisión y control por parte de la entidad, en criterio de la Sala comportan una **“subordinación”** de la actora a la demandada, pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de sus superiores, es claro que se desdibuja la figura de la coordinación y por ende se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio. **Estas funciones son propias de la entidad de salud** y se realizaron hasta el día 16 de diciembre de 1997, fecha en la que se ordenó la terminación unilateral del último contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, **por lo tanto, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así la temporalidad y transitoriedad que caracteriza a los contratos de prestación de servicios.***

En punto a la necesidad de la entidad demandada para contratar a la demandante, se consignó en el texto de los contratos de prestación de servicios, que el personal de planta era insuficiente para cubrir la necesidades del servicio de salud.

De suerte que el material probatorio permite vislumbrar los siguientes elementos que caracterizan la relación laboral, así: (i) la prestación personal continua y permanente de los servicios por parte de la actora mediante contratos de prestación de servicios, (ii) la existencia de superiores jerárquicos que supervisaban e impartían órdenes en el desarrollo de las funciones, (iii) el cumplimiento de un horario de trabajo, (iv) el pago de una remuneración por los servicios prestados, (v) la existencia de una subordinación de la actora a la entidad en el cumplimiento de sus funciones.

*Aunado a ello, la prueba testimonial da cuenta de la **subordinación** de la actora a una **jornada de trabajo, así como el cumplimiento de turnos previamente asignados y órdenes y directrices impartidas por la entidad, así como la ausencia de autonomía e independencia de la actora.***



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Así, 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 sub examine, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la remuneración y la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye la Sala que la Administración utilizó equívocamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la ESE METRO SALUD de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad¹⁷.

*Para la Sala no resulta acertado lo expuesto por la entidad demandada cuando afirma que la contratista no estaba subordinada ni dependía de la entidad demandada, sino que ejercía sobre su actividad una supervisión o un control en el cumplimiento del objeto contractual. Lo anterior, por que como quedo visto las pruebas allegadas demuestran lo contrario, esto es, que la actora **sí se encontraba bajo la dependencia y subordinación no sólo respecto al cumplimiento del horario, sino de las órdenes y actividades que se le asignaban, sin que de ninguno de estos elementos probatorios se pueda concluir la independencia y autonomía de la contratista en el ejercicio de sus funciones.** Por lo anterior, se confirmará la sentencia apelada en lo concerniente a la declaratoria de la existencia de una relación laboral entre la demandante y la ESE METRO SALUD, con las consecuencias prestacionales que corresponden a la labor desarrollada...”*
(Negrillas fuera del texto original)

Teniendo en cuenta el análisis normativo y jurisprudencial realizado, pasa esta Corporación a estudiar:

3. EL CASO CONCRETO:

Son varios los aspectos que plantea al recurrente en su escrito, sin embargo, todos ellos, guardan relación con la no valoración de la totalidad de las pruebas allegadas, en especial los testimonios recepcionados, de los que según su parecer se desprende el elemento de *subordinación y no coordinación*. Así las cosas, pasa la Sala a analizar en el

¹⁷ En igual sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección "A", en la sentencia de 18 de mayo de 2011, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Radicación número: 25000-23-25-000-2006-08488-02(0056-10). Actor: Maritza Mercedes Herrera Herrera demandado: ESE LUIS CARLOS GALÁN SARMIENTO



Jurisdicción Contencioso
Administrativa

caso concreto los anteriores argumentos.

Con relación a la prueba recaudada frente a los elementos de la relación laboral como realidad, la Sala entra a realizar el análisis individual y conjunto de la misma.

3.1. La prueba documental: Se allegaron al plenario, en la oportunidad procesal pertinente, copias auténticas de las órdenes y contratos de prestación de servicios suscritos entre el señor Álvaro Moisés Estrada Hernández y el Departamento de Sucre Dasssalud (Fol. 9-51 y 106 a 126 C1):

TIPO DE VINCULACIÓN	TÉRMINO	VALOR
1. Contrato de prestación de servicios suscrito el 18 de mayo de 2004 (fols. 9-25 C-1)	Siete meses y 12 días.	\$ 1.900.000 mensual \$759.996 por los 12 días.
2. Contrato de prestación de servicios suscrito el 1º de abril de 2005 (fols. 26 - 29 C-1)	Nueve meses	\$ 1.900.000 mensual
3. Contrato de prestación de servicios suscrito el 1º de diciembre de 2006 (fols. 30 - 32 C-1)	Un mes	\$ 1.800.000 mensual
4. Contrato de prestación de servicios suscrito el 15 de febrero de 2006 (fols. 33-36 C-1)	Nueve meses	\$ 2.014.000 mensual
5. Contrato de prestación de servicios suscrito el 7 de septiembre de 2009 (fol. 37-39 C-1)	Tres meses y veinticuatro días	\$ 2.200.000 mensual
6. Contrato de prestación de servicios suscrito el 28 de enero de 2010 (fol. 40-42 C-1)	Cuatro meses	\$ 2.200.0000 mensual
7. Contrato de prestación de servicios suscrito el 8 de octubre de 2010 (fol. 43-45 C-1)	Dos meses y veinticuatro días	\$2.200.000 mensual
8. Contrato de prestación de servicios sin fecha de suscripción ¹⁸ (fol. 46-48 C-1)	Un mes y siete días	\$ 2.200.000 mensual \$ 513.333 por los 12 días.
9. Contrato de prestación de servicios sin fecha de suscripción ¹⁹ (fol. 49-51 C-1)	Cuatro meses	\$ 2.340.000 mensual

¹⁸ De la lectura del acto acusado se desprende que la duración de este contrato fue de un (1) mes y siete (7) días, desde el 24 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 2008.
¹⁹ De la lectura del contrato obrante a folio 50C1, se desprende que su duración tuvo lugar hasta el 31 de diciembre de 2011.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

De las mencionadas vinculaciones, igualmente da cuenta el mismo acto acusado, Resolución N° 4038 de octubre 09 de 2012, suscrito por el Gobernador de Sucre a través del cual se negó al actor el reconocimiento de sus prestaciones sociales por el tiempo de servicio laborados en dicha entidad (fol. 52-54 C1), en el que además se hace una descripción de todos los períodos en los que el actor ejecutó los contratos de prestación de servicios en el Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud DASSSALUD, en calidad de Químico Farmacéutico, para el desarrollo de las acciones de inspección, vigilancia y control de medicamentos, dando cumplimiento a las disposiciones plasmadas en la política farmacéutica nacional dicha entidad, así:

“...Siete meses y doce (12) días; desde el 18 de mayo al 29 de diciembre de 2004, nueve (09) meses; desde 01 de abril al 31 de diciembre de 2005, nueve meses; el 15 de febrero al 14 de noviembre de 2006, un (01) mes; desde el 1° de diciembre al 31 de octubre de 2006 ²⁰(Sic), tres (3) meses desde el 6 de febrero al cinco (5) de mayo de 2008; cinco (05) meses y veinticinco (25) días desde el 06 de mayo al 30 de octubre de 2008; un (01) mes y siete (07) días, desde el 24 de noviembre hasta el 30 de diciembre de 2008, seis (06) meses desde el dos (02) de marzo hasta el 01 de septiembre de 2009, tres (03) meses y veinticuatro, desde el 7 de septiembre hasta el 30 de diciembre de 2009; cuatro (04) meses, desde el 28 de enero hasta el 27 de mayo de 2010; dos (02) meses desde el 30 de junio hasta el 29 de agosto de 2010; dos (02) meses y veinticuatro (24) días, desde el 08 de octubre hasta el 31 de diciembre de 2010; ocho (08) meses desde el 16 abril hasta el 31 de diciembre de 2011” (Ver folio 52 -54Cprincipal).

De los anteriores documentos se infiere la vinculación a través de un contrato de prestación de servicios, cuyo objeto fue prestar los servicios de Químico Farmacéutico, en las fechas allí indicadas, tal como se aclaró al momento de valorar cada documento.

3.2. La prueba testimonial: Se practicaron dos testimonios relacionados con las actividades desarrolladas por la actora en la entidad demandada. Se emprende su análisis individual, de acuerdo a la deposición vertida en la Audiencia de

²⁰ Se aclara que si bien el acto, indica que la fecha fue de diciembre 1 de 2006 a octubre 31 de 2006 (Sic) del contrato de prestación de servicios obrante a folio 30C, se desprende que fue suscrito el 1 de diciembre de 2006, por un (1) mes, es decir que su duración tuvo lugar hasta el 31 de enero de 2007.



Pruebas celebrada el día 05 de marzo de 2014 (fol. 138 y 139 C-1 y CD ROM visible fol. 137 C. Principal).

- **IRWING GUTER BARTOCHA VALEST:** (Minuto 15:10 y ss. Aud. Pruebas) Manifiesta conocer al actor pues fueron compañeros de trabajo en la Secretaría de Salud, en ese entonces Dasssalud (15:15). Que tenían jornadas laborales de ocho horas diarias, de 08 a 12 am y de 02 a 06 pm (15:24) y un jefe inmediato el cual les proporcionaba el cronograma de visitas a las IPS para verificar las condiciones de habilitación (15:34), que eran un grupo interdisciplinario conformado por médicos, químicos, enfermeras, fisioterapeuta y administradores y que visitaban mensualmente en el departamento las clínicas para verificar su funcionamiento y habilitación en el servicio de salud (15:47) menciona que los cronogramas los daban a comienzos de mes o a finales de mes, y que se desplazaban en la ciudad de Sincelejo y fuera de la ciudad (16:05) y manifiesta que tenían un salario mensual (16:24). Frente a la pregunta formulada por la apoderada actora relacionada con las fechas de vinculación del actor, refiere que cuando el ingresó a la entidad años 2006, ya el actor se encontraba vinculado y que su instancia fue hasta finales de 2010, alrededor de cinco años (15:53s). Ante la pregunta formulada sobre qué funciones o labores que realizaba el actor eran de comisión o labores permanentes y si estas labores tenían un jefe inmediato quien la supervisaba, manifestó que eran labores misionales del programa de calidad de las instituciones y eran actividades carácter permanentes, para ello asignaban un cronograma que debían cumplir a cabalidad y en cada visita tenían que entregar un informe firmado y si era necesario hacer alguna medida preventiva ellos la realizaban, a manera de ejemplo menciona el cierre de una clínica o IPS (19:30). Así mismo, preguntado sobre cómo fue su relación de trabajo entre el actor y Dasssalud Sucre, refirió que tenían un jefe inmediato quien era el que les proporcionaba los cronogramas, les daba instrucciones a las visitas que realizaban y al que debían reportarle un informe mensual (20:50). Seguidamente, al ser contrainterrogado, sobre cuál



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

era la labor desempeñada en sus horarios de trabajos, 8 - 12 am 2 - 6 pm, refirió que específicamente se les proporcionaba un cronograma mensual de trabajo, y en las horas de la mañana salían hacer las visitas a las IPS y luego en las horas de la tarde se hacía el informe de cada visita, habían días que se hacían dos o tres visitas dependían de la complejidad y en la tarde diariamente se encontraban para hacer los informes de manera conjunta, (23:47) refiere además que era una necesidad estar en las instalaciones de Dasssalud, puesto que se utilizaban los elementos de trabajo, computadores, impresoras, papelería, todo ello, era proporcionado por la institución para poder elaborar los informes, que como grupo interdisciplinario en las tardes todos asistían para socializar el trabajo y elaborar los informes y tomar las medidas o decisiones en cada caso. (26:38). Al referirse sobre que días realizaban las visitas o auditorias, contestó que las realizaban diariamente, los días hábiles, precisando que siempre había alguna visita que realizar en las instituciones (28:10) Al responder si debían cumplir un horario de trabajo, o si era un labor coordinada, contestó, que no era coordinada, porque el cronograma lo hacía la jefe inmediata y de ahí en adelante les correspondía cumplir con esas actividades, si llegaba el mes y no las cumplían ella oficiaba para que entregaran los informes, menciona que el grupo no se manejaba libremente en la decisión de cuales visitas se iban a realizar ya estas eran asignadas por la jefe inmediata, destaca que en el caso del actor, el médico y la enfermera eran indispensables en cada visita. (30:13s)

- **RAMÓN DE JESUS DE LA ROSA MONTENEGRO:** (Minuto 39:33 y ss. Aud. Pruebas) Manifiesta que conoce al señor Álvaro Moisés Estrada Hernández, porque trabajaron juntos en el Departamento de Salud Dasssalud, precisando que para la fecha que el ingresó, año 2010, ya lo encontró trabajando en la entidad, que siempre se lo encontraba a la hora de ingreso y salida de la jornada laboral (40:04). Al responder el interrogante relacionado planteado por la actora referente a la fechas de vinculación del actor manifestó, que no tiene una fecha exacta, pero precisa que para el



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

momento en que el ingresó ya el actor se encontraba trabajando, esto es año 2010. Nuevamente al contestar el interrogante sobre cuál era el horario que cumplía el actor, manifestó que ellos estaban vinculados por OPS, pero estaban subordinados por unos líderes del programa que les exigían una hora de entrada y salida, esto era 8-12am a 2-6 pm de lunes a viernes y muchas veces tocaba ir sábados y domingos cuando pedían algún informe (42:13). Al contestar quien le exigía el horario de trabajo, respondió que en su caso era la Jefe de Área de Auditoria y en el caso del actor la jefe inmediata era la Dra. Salwa Rapag (43:00). En cuanto a la remuneración percibida por el actor, manifestó que les pagaban mensual, después de pasar la cuenta de cobro y a los días les pagaban por cuenta bancaria (44:12). Al contestar el interrogatorio de la parte demandada referente a que días de la semana se encontraba con el actor, manifestó que no puede dar un día específico de la semana por sus actividades de auditoria le tocaba salir pero que durante la semana él lo veía tres o cuatro veces a la semana y frente a la labor que desempeñaba el actor, manifestó que estaba en el área de químico farmacéutico (46:05).

Analizado lo depuesto por los testigos, la Sala advierte que en sus versiones claramente detallaron aspectos relacionados con la efectiva prestación de servicios por parte del señor Álvaro Moisés Estrada Hernández, en su calidad de Químico en Farmacéutico en el Departamento Administrativo de Seguridad DASSSALUD, Hoy Secretaria de Salud. Así mismo, refirieron las fechas extremas de vinculación de los contratos suscritos por el actor, guardando similitud al afirmar que para la fechas en que ambos ingresaron a la entidad demandada, el primero, en el año 2006 y el segundo, año 2010, ya el actor se encontraba vinculado en cargo de Químico Farmacéutico, coincidiendo en parte con las determinadas como laboradas directamente a la entidad demandada por contrato de prestación de servicios, tal como se desprende de los supuestos facticos plasmados en la demanda a folio 2 a 3 C y demás documentales allegadas al proceso en las que se observan que su prestación tuvo lugar desde el 18 de mayo de 2004 hasta 31 de diciembre de 2011 (Fol. 25 y



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

52C1), teniéndose con ello probadas la actividad personal y el límite temporal de su relación.

Igualmente, se tendrá por probada, la remuneración recibida por dicha prestación, tal como se documenta en los contratos mencionados, resaltando en este punto que se tomará como base la prueba documental valorada como admisible, la que da certeza de las fechas extremas de vigencia de las relaciones contractuales directas y de las sumas mensualmente reconocidas al actor por sus servicios como Químico Farmacéutico, tal como se relaciona en el numeral 2.1. Primera viñeta, de esta providencia.

Seguidamente, es importante resaltar que en asuntos como estos, el máximo tribunal administrativo²¹ recientemente mediante Sentencia de julio 10 de 2014, ha reiterado que una vez acreditada la continuidad en el desempeño de las labores correspondientes a un empleo público, por más de tres (3) años, resulta necesario concluir, que su servicio es de carácter permanente más cuando se demuestra que la labor contratada y desempeñada por el trabajador guarda relación con *la naturaleza y funciones* de la entidad demandada.

Al respecto pone de presente la Sala que revisados los contratos de prestación de servicios allegados al expediente, se observa que en su gran mayoría el objeto, consistía en “Prestar los servicios de Químico Farmacéutico desarrollando acciones de inspección, vigilancia y control de medicamentos” y “verificar las condiciones de habilitación de los prestadores de los servicios de salud del departamento de Sucre, según lo establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la atención en Salud”²², lo que permite inferir que efectivamente el actor durante todo el tiempo de vinculación ejerció una labor encaminada a suplir las necesidades o actividades propias del objeto de la entidad pública demandada²³, tal

²¹ SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B” Expediente: 05001-23-31-000-2001-00102-01, referencia 2661-2012, actor: ALEX ZANDRA PRIETO GONZÁLEZ, demandado: E.S.E. Metro Salud.

²² Folios 9 y 43C1

²³ Ver Ley 715 de 2000, “Artículo 43, ... Sin perjuicio de las competencias establecidas en otras disposiciones legales, corresponde a los departamentos, **dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el territorio de su jurisdicción**, atendiendo las disposiciones nacionales sobre la



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

como lo constata en el contrato obrante a folio 30 C1 en el que expresamente se indicó que su vinculación era necesaria toda vez que “***no existe personal suficiente dentro de la planta de personal del Departamento de Sucre – Dasssalud, que realice las actividades a contratar ni cargo alguno que las tenga asignadas***”.

En ese orden, la Sala no comparte el argumento de primera instancia referente a que no se demostró que el actor desempeñaba una función de propia de la entidad demandada o que se encontraba en la misma situación de un empleado de planta; pues basta con realizar una lectura de la Ley 715 de 2000 en armonía con los objetos de los contratos suscritos entre las partes, para concluir que sí estamos en presencia y desarrollo de actividades o funciones propias de la entidad, no existiendo duda que su vinculación estuvo encaminado a velar con el efectivo cumplimiento y prestación de los servicios de salud en el Departamento de Sucre.

materia. Para tal efecto, se le asignan las siguientes funciones, entre otras:

43.1. De dirección del sector salud en el ámbito departamental.

43.1.4. Supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud. **43.1.5. Vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud,** así como las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, sin perjuicio de las funciones de inspección y vigilancia atribuidas a las demás autoridades competentes. **43.1.6.** Adoptar, implementar, administrar y coordinar la operación en su territorio del sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.

43.2. De prestación de servicios de salud.

43.2.1. Gestionar la prestación de los servicios de salud, de manera oportuna, eficiente y con calidad a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda, que resida en su jurisdicción, mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas. **43.2.4. Organizar, dirigir, coordinar y administrar la red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento.**

43.3. De Salud Pública

43.3.1. Adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación. **43.3.2.** Garantizar la financiación y la prestación de los servicios de laboratorio de salud pública directamente o por contratación. **43.3.3. Establecer la situación de salud en el departamento y propender por su mejoramiento.**

43.3.4. Formular y ejecutar el Plan de Atención Básica departamental. **43.3.5. Monitorear y evaluar la ejecución de los planes y acciones en salud pública de los municipios de su jurisdicción.** **43.3.6.** Dirigir y controlar dentro de su jurisdicción el Sistema de Vigilancia en Salud Pública. **43.3.7. Vigilar y controlar, en coordinación con el Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, Invima, y el Fondo Nacional de Estupefacientes, la producción, expendio, comercialización y distribución de medicamentos,** incluyendo aquellos que causen dependencia o efectos psicoactivos potencialmente dañinos para la salud y sustancias potencialmente tóxicas. **43.3.8.** Ejecutar las acciones de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana, y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las autoridades ambientales, en los corregimientos departamentales y en los municipios de categorías 4ª, 5ª y 6ª de su jurisdicción. **43.3.9. Coordinar, supervisar y controlar las acciones de salud pública que realicen en su jurisdicción las Entidades Promotoras de Salud,** las demás entidades que administran el régimen subsidiado, las entidades transformadas y adaptadas y aquellas que hacen parte de los regímenes especiales, así como las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud e instituciones relacionadas.” (Negrillas y cursivas fuera del texto original)



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Decantado lo anterior, una vez demostrados los elementos de prestación personal del servicio, la continuidad del mismo en sus servicios y la remuneración percibida, falta por considerar el elemento subordinación, como nota característica de la verdadera relación laboral y que la diferencia del contrato de prestación de servicios.

De las declaraciones analizadas de forma individual y en concordancia con la prueba documental, se tiene por superado este elemento de la subordinación, tal como se entra a explicar:

En primer lugar, se precisa que a juicio del *A quo* no se logró demostrar el elemento subordinación principalmente porque la naturaleza y funciones del cargo desempeñado por la actor “*Químico Farmacéutico*”, no requería estar sujeta a órdenes o dependencias.

Al respecto, se tiene por probado que los testigos manifestaron que el actor laboró de manera continua al servicio de la demandada, prestando los servicios de *Químico Farmacéutico*. También está claro que ambas versiones aseguraron que la actividad desempeñada por el señor Álvaro Moisés Estrada Hernández, estaba sujeta al igual que al resto de personal vinculado como médicos, enfermeras, fisioterapeuta, etc., a la supervisión y control de un jefe inmediato, precisándose que en el caso en particular del actor, dicho control era ejercido por la Dra. Salwa Rapag Carmichael, Líder de la División Organización y Desarrollo de DASSSALUD –Sucre, quien a su vez, le exigía el cumplimiento de un horario, la asistencia a su sitio de trabajo y la rendición de informes de las visitas realizadas diariamente.

Con relación a lo expuesto en antecedencia, pone de presente la Sala, que los testigos ya identificados, merecen todo el crédito, dado que conocieron de primera mano los hechos antes expuestos, y la circunstancia de encontrarse en una condición similar a la de la demandante, no hace que deba desecharse de plano su dicho, dado que dentro de las relaciones laborales, quienes tienen conocimiento directo de cómo se desarrollan las mismas, son claramente los compañeros de trabajo, por lo que por



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

este solo hecho no pueden entrarse a descartar su declaración, máxime que lo afirmado por él, igualmente se soporta en la prueba documental ya analizada.

Así las cosas, en el *Sub examine* no hay duda que por la permanencia y necesidad de las funciones propias del cargo de *Químico Farmacéutico*, la demandada, debió contratar a través del personal de planta y no a través del contrato de prestación de servicios, al no hacerlo en la forma antes indicada es claro que se violaron las normas superiores que prohíben este tipo de contrataciones, ya estudiadas en el aparte general de esta providencia.

En lo referente a las funciones desempeñadas por el actor, como ya se mencionó y consta en los contratos de prestación de servicio, llama la Sala la atención sobre las siguientes obligaciones contenidas en los contratos allegados:

- “3) *Visitar y controlar la apertura de establecimientos mayoristas y minoristas donde expende medicamentos. 4) Realizar visitas de regulación y control de establecimientos de fabricación de artículos de aseo ... 5) Realizar visitas de vigilancia y control a establecimientos de distribución de dispositivos médicos...*”²⁴
- “*Prestación de servicios Profesionales de Químico Farmacéutico, para el Desarrollo de acciones de Inspección, Vigilancia y control de Medicamentos en DASSALUD – Sucre.*”²⁵
- “*1) Verificar las condiciones de habilitación de los prestadores de servicios de salud del Departamento de Sucre.*”²⁶

De ellas se desprende que en ejercicio de su función de *Químico Farmacéutico*, el demandante actuara asumiendo el riesgo en las funciones de verificación, inspección y control, y ante terceros, en nombre y representación de la entidad, lo que sumado

²⁴ Fol. 27, 34 y 49 C. Ppal.

²⁵ Fol. 30 C. Ppal.

²⁶ Fol. 37, 40, 43, 47 C. Ppal.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

a la permanencia del cargo por más de tres (3) años²⁷ y la inherencia del mismo a las labores administrativas de los servicios de salud de la entidad territorial, hacen que en el *Sub examine* no haya duda que por la permanencia y necesidad de las funciones propias del cargo de Químico Farmacéutico, la entidad demandada, debió contratar a través del personal de planta y no a través del contrato de prestación de servicios, al no hacerlo en la forma antes indicada es claro que se violaron las normas superiores que prohíben este tipo de contrataciones, ya estudiadas en el aparte general de esta providencia.

Por lo dicho y ante la desestimación de la tesis esgrimida en primera instancia, manifiesta este Cuerpo Colegiado, que en el presente litigio concurren en el acto administrativo demandado, los vicios invalidantes de violar las normas en las que se debería fundar, dado que claramente vulnera los artículos 25 y 53 de la C.P., pues palmariamente se demostró la existencia de una verdadera relación laboral entre el ente demandado y la actora, en las fechas documentadas en las certificaciones y

²⁷ Sobre este punto, la Sala trae a colación, la reciente sentencia del CONSEJO DE ESTADO que presenta analogía fáctica cerrada con el presente, del que se resalta el siguiente aparte: *“Del acervo probatorio recaudado se infiere que la actora desarrolló funciones como OPTOMERTRA en la Unidad Prestadora de Servicios de Salud de Manrique, durante el lapso comprendido entre el 16 de septiembre de 1994 a 15 de diciembre de 1997, es decir, por espacio de tres (3) años y tres (3) meses, mediante contratos de prestación de servicios sucesivos para atender la labor en forma permanente, lo que sin lugar a dudas, evidencia el ánimo de emplear de modo permanente y continuo sus servicios profesionales.*

Las labores que desempeñó la señora Prieto González en consulta realizada dentro del Programa de Salud Visual de la Unidad Prestadora de Servicios de Salud de Manrique en los horarios fijados por la entidad y en extramuros, en las escuelas públicas, en jornadas de lunes a viernes, previa programación y turnos agendados, bajo la continua supervisión y control por parte de la entidad, en criterio de la Sala comportan una “subordinación” de la actora a la demandada, pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de sus superiores, es claro que se desdibuja la figura de la coordinación y por ende se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio. Estas funciones son propias de la entidad de salud y se realizaron hasta el día 16 de diciembre de 1997, fecha en la que se ordenó la terminación unilateral del último contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes, por lo tanto, no se trató de una relación o vínculo de tipo ocasional o esporádico, desdibujándose así la temporalidad y transitoriedad que caracteriza a los contratos de prestación de servicios.

...

Así, 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 sub examine, esto es, la prestación personal del servicio de manera permanente, la remuneración y la subordinación y dependencia en el desarrollo de la actividad, concluye la Sala que la Administración utilizó equivocadamente la figura contractual para encubrir la naturaleza real de la labor desempeñada, por lo que se configura en este caso el contrato realidad en aplicación de los principios consagrados en los artículos 13 y 53 de la Carta Política, en tanto la demandante prestó el servicio público de salud en la ESE METRO SALUD de manera subordinada en las mismas condiciones que los demás empleados públicos de sus mismas calidades al interior de la Entidad.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “B”. Sentencia del 10 de julio de 2014. Expediente: 05001-23-31-000-2001-00102-01, referencia 2661-2012, actor: ALEX ZANDRA PRIETO GONZÁLEZ, demandado: E.S.E. Metro Salud.



contratos allegados, por lo que habrá de declararse la nulidad del acto demandado.

Así las cosas, basta por analizar lo correspondiente al restablecimiento del derecho, la liquidación que se debe pagar y la prescripción de los derechos laborales en procesos declarativos como el presente.

3.3. LIQUIDACIÓN DEL DINERO QUE SE DEBE PAGAR.

Teniendo en cuenta que se tiene por demostrado que en las siguientes vinculaciones, existió una verdadera relación de trabajo entre ÁLVARO MOISÉS ESTRADA HERNÁNDEZ y DEPARTAMENTO DE SUCRE - DASSSALUD, atendiendo el principio de reparación integral del daño consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y las directrices jurisprudenciales del Consejo de Estado²⁸, se ordenará el reconocimiento, liquidación y pago, a título de reparación del daño, de todas las prestaciones sociales, vacaciones, cesantías, bonificaciones y demás emolumentos legales dejados de percibir por el demandante, teniendo como salario base para su liquidación, el valor pactado en cada uno de los contratos, en los siguientes períodos de contratación irregular, así:

- 18/05/2004 a 29/12/2004.
- 01/04/2005 a 31/12/2005.
- 15/02/2006 a 14/11/2006.
- 01/12/2006 a 31/01/2007
- 06/02/2008 a 05/05/2008

²⁸ Sobre la reparación integral, ver las siguientes providencias:

- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 19 de febrero de 2009. REF.: EXPEDIENTE No. 730012331000200003449-01. No. INTERNO: 3074-2005. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.
- CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE. Sentencia del 1 de julio de 2009. Radicación número: 47001-23-31-000-2000-00147-01(1106-08). Actor: JOSÉ DOLORES OROZCO ALTAMAR. Demandado: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACION Y CORPES.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

- 06/05/2008 a 30/12/2008
- 24/11/2008 a 30/11/2008
- 02/03/2009 a 01/09/2009
- 07/09/2009 a 30/12/2009
- 28/01/2010 a 27/05/2010
- 30/06/2010 a 29/08/2010
- 08/10/2010 a 31/12/2010
- 16/04/2011 a 31/12/2011

En este punto aclara la Sala lo referente a la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima semestral, solicitadas por el demandante en sus pretensiones (fol. 2 pretensión 2.2.).

En este punto, es menester aclarar que tanto la bonificación por servicios prestados como la prima de servicios, son acreencias laborales respecto de las cuales solo les asiste su pago a los empleados públicos del orden nacional, conclusión a la que se arribó por parte de este Cuerpo Colegiado en fallo adiado tres (3) de julio dos mil catorce 2014²⁹, en donde se afirmó:

“Respecto de la hoy demandada bonificación por servicios prestados, el Consejo de Estado, ha considerado:

“La prima de servicios y la bonificación por servicios constituyen acreencias laborales que conforme a la normatividad prevista en el Decreto 1042 de

²⁹ TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS Sentencia No. 081 MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO RADICACIÓN: 70-001-33-33-009-2013-00078-01 DEMANDANTE: MIGUEL PUENTES ANGULO DEMANDADO: MUNICIPIO DE SAN JUAN DE BETULIA – SUCRE.

Ver el siguiente link:
<http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/UserFiles/File/SUCRE/TRIBUNAL%20ADMINISTRATIVO%20DE%20SUCRE/BOLETINES%20-%20DECISIONES%20SALA%20-%20DR%20LUIS%20CARLOS%20ALZATE%20%20RIOS/2013-78-01%20MIGUEL%20PUENTES%20SAN%20JUAN%20DE%20BETULIA%20PRESTACIONES%20D%201042%20DE%2078%20TERRITORIALES%20CONFIRMA%20Y%20MODIFICA.pdf>
consultado el 11/08/2014 a las 3:20 p.m.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

1978 sólo fueron establecidas para los empleados del orden nacional, sin incluirlas para los empleados públicos del orden territorial.

Si bien es cierto las entidades territoriales no pueden arrogarse la facultad de fijar prestaciones salariales y sociales para sus empleados públicos pues ésta es una función reservada al Gobierno Nacional, esta Corporación en aras de proteger el derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 de la C.P., y con fundamento en el artículo 4 ibidem, ha inaplicado la expresión “del orden nacional” de las normas que regulan los salarios y prestaciones de los empleados nacionales, para reconocer a los empleados territoriales prestaciones del orden nacional³⁰.³¹

(...)

Tal y como se dejó sentado en precedencia, la línea jurisprudencial del CONSEJO DE ESTADO en supuestos jurídicos como el que ahora centra la atención de esta Colegiatura, permitía acceder a las súplicas de la demanda y en consecuencia reconocer los factores salariales consagrados en el Decreto 1042 de 1978 a los empleados públicos del orden territorial, inaplicando, por considerarla inconstitucional, la expresión “del orden nacional”, contenida en el reseñado Decreto Ley.

No obstante lo anterior, como corolario de la decisión contenida en la precitada sentencia C-402 de 2013, que es posterior a las decisiones del CONSEJO DE ESTADO, la CORTE CONSTITUCIONAL declaró ajustados a la Constitución, entre otros apartes del Decreto 1042 de 1978, la expresión que por parte del CONSEJO DE ESTADO se consideraba atentatorio de la Carta Política de 1991, por lo que, huelga concluir sin hesitación alguna, que el régimen contenido en el pluricitado decreto, le es exclusivamente aplicable a los empleados públicos que desempeñen las distintas categorías de empleos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional, no siendo por tanto extensivo a los empleados del orden territorial con el argumento de la violación al derecho a la igualdad.

Igualmente, es menester aclarar que el Decreto 1919 de 2002 extendió a los empleados del orden territorial las prestaciones sociales y no los factores salariales del orden nacional. Por lo anterior, los empleados del orden territorial, no tienen derecho a que se les cancele la prima de servicios, la bonificación por servicios prestados y la prima de antigüedad, pues como ya se indicó, ellos son factores salariales”.
(Negrilla fuera del original)

³⁰ Entre otras, sentencias de 27 de septiembre de 2007 Exp. No. 4327-2005 Actora: Blanca Edelmira Reyes Alfonso, Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado. Sentencia de 23 de agosto de 2007 Exp. No. 0176-2004 Actora: Elvira Vargas Osorio. Magistrado Ponente Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

³¹ CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Gerardo Arenas Monsalve Sentencia del 6 de agosto de 2008, Exp No. 0507 -2006.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

En vista de lo expuesto en precedencia, la prima de servicios y la bonificación por servicios prestados son factores salariales que no deben tenerse en cuenta para la liquidación ordenada.

Igualmente, es necesario señalar que la prima semestral se percibió por parte de los empleados del Departamento de Sucre, prestación esta que se devengaba en razón a la Ordenanza 08 de 1985 de la Asamblea Departamental de Sucre, acto administrativo que fue declarado nulo por el H. Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre, mediante sentencia del 22 de mayo de 2008, con efectos retroactivos; es decir, se carece de un título jurídico que le sirva de soporte a la adquisición del derecho, posición esta asumida por este Tribunal en decisiones anteriores³² y que ahora de reitera, por lo que este factor salarial no debe tenerse en cuenta para la liquidación ordenada.

Para la liquidación ordenada, se tomará como base el valor pactado en cada año de contratación, tal como consta en los documentos allegados, es decir, el valor que se pactó en los mencionados contratos como valor mensual de la remuneración.

Igualmente, la Entidad Demandada deberá pagar a la demandante a título de Reparación del Daño, los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes, al igual que la totalidad de la cotización a la Caja de Compensación, durante los anteriores períodos de contratación irregular, ya determinados, pago que deberá realizarse a través de las entidades de seguridad social a las que se encuentre afiliada la actora.

Una vez liquidadas todas las anteriores sumas, se ordenará que se indexen con el

³² TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, Sentencia del 22 de mayo de 2014, Radicación: 70-001-33-33-001-2013-00025-01, Demandante: Miguelina Martínez Angulo, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “Ugpp”, M.P. Moisés Rodríguez Pérez. Sentencia de Mayo 29 de 2014, Radicación: 70-001-33-33-008-2013-00032-01; Demandante: Remberto Enrique Pérez Merlano, Demandado: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social “Ugpp”, M.P. Rufo Arturo Carvajal Argoty.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

índice de precios al consumidor, tal como lo autoriza el artículo 187 del C.P.A.C.A mediante la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}}$$

En donde el valor presente de Ra se determina multiplicando el valor histórico Rh, que es la correspondiente a la fecha de causación del derecho prestacional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente al mes anterior a la ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de los diferentes conceptos de acuerdo a la fecha de causación). Por tratarse de pagos de reajustes de tracto sucesivo, la fórmula se aplicará separadamente, de acuerdo a la forma de causación de la prestación o factor salarial liquidado, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente a la causación de cada uno de los pagos dejados de realizar a la actora.

Se resalta, que con relación a la prescripción de los derechos laborales, la Sala aplica la posición jurisprudencial existente sobre el tema y por tanto se abstiene de declarar prescripción alguna, pues como lo afirma el Consejo de Estado, el derecho en este tipo de procesos solo se causa a partir de la fecha en que es declarado judicialmente³³, es decir, solo existe el mismo a partir de la declaratoria judicial que

³³ “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.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. CONSEJERA PONENTE: BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 19 de febrero de 2009. REF.: EXPEDIENTE No. 730012331000200003449-01. No. INTERNO: 3074-2005. AUTORIDADES NACIONALES. ACTORA: ANA REINALDA TRIANA VIUCHI.

En igual sentido: “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.”³³

Por lo tanto, entendiendo que el término trienal de prescripción se cuenta a partir del momento en que la obligación se hizo exigible en la sentencia ejecutoriada, es justamente a partir de este momento que se contarían los tres (3) años de prescripción de los derechos de la relación laboral hacia el futuro, situación que operaría en caso de que continuara la relación laboral, empero como el sub-lite se contrae al reconocimiento de situaciones anteriores no existe prescripción pues la obligación, como se dijo, surge con la presente sentencia.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN “B”. CONSEJERA PONENTE: DRA.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

del él se haga. Por lo expuesto, no ha ocurrido el fenómeno de la prescripción extintiva de los derechos laborales deprecados, ni de la acción intentada.

Por último, precisa la Sala que frente a la solicitud de reconocer la sanción moratoria a que hace referencia el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por la no consignar las cesantías en los términos legales, la Sala considera que no resulta procedente acceder a ella, en principio porque en asuntos como este, el derecho al reconocimiento de las cesantías surge es a partir de la sentencia que lo ordena y se precisa es a *título de indemnización*, en ese sentido, mal podría ordenarse la sanción invocada cuando es claro que esta solo es viable por el no pago de las prestaciones sociales en su debido momento y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las³⁴, en ese sentido, se negará su reconocimiento.

3.4. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A. en concordancia con los artículos 365 y 366 del C.G.P. y por haberse revocado la decisión de primera instancia y en consecuencia, accedido a las pretensiones de la demanda, se condenará a la parte demandada al pago de las costas correspondientes a ambas instancias. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo* la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ. Sentencia del 11 de marzo de 2010. REF: EXPEDIENTE No. 180012331000200400080 02 No. INTERNO 0114-2008. AUTORIDADES MUNICIPALES. ACTOR: DINA LUZ VÁSQUEZ MARTÍNEZ.

Igualmente, ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN. Sentencia del 4 de marzo de 2010. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-00015-01(1413-08). Actor: ERIKA MARIA NOVOA CABALLERO. Demandado: CAPRESOCA E.P.S.

³⁴ Ver Sentencia SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B, Consejero ponente: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA (23) de febrero de 2011, Radicación número: 25000-23-25-000-2007-00041-01 (0260-09) Actora: MARÍA STELLA LANCHEROS TORRES. Demandado: HOSPITAL ENGATIVÁ II NIVEL E.S.E. "...Respecto a la pretensión de reconocimiento y pago de la sanción moratoria, es necesario precisar que ésta sólo es viable en tanto las cesantías ya hayan sido reconocidas, y no cuando está en litigio la declaración del derecho a percibir las, es decir están en discusión"



4. CONCLUSIÓN

A guisa de conclusión, el Tribunal considera que el acto administrativo contenido en la Resolución N°. 4038 de fecha 9 de octubre de 2012, el cual fue expedido por el Gobernador de Sucre, Julio Cesar Guerra Tulena, vulneró las normas pretendidas por la parte actora, por lo que su presunción de legalidad se desvirtuó; por tanto se dispondrá la **REVOCATORIA** de la sentencia de primera instancia y consecuentemente han de acogerse parcialmente las pretensiones de la demanda, como ya se indicó.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: REVÓQUESE la sentencia del 29 de abril de 2014, proferida por el JUZGADO OCTAVO ADMINISTRATIVO ORAL DE SINCELEJO, por lo expuesto por la parte motiva, y en su lugar se dispone.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **DECLÁRESE** la nulidad de la Resolución N°. 4038 de fecha 9 de octubre de 2012, el cual fue expedido por el Gobernador de Sucre, a través del cual le negó a ÁLVARO MOISES ESTRADA HERNANDEZ el reconocimiento y pago de unas acreencias laborales.

CUARTO: CONDÉNESE al Departamento de Sucre, al reconocimiento, liquidación y pago, a título de reparación del daño, de todos los salarios, prestaciones sociales, vacaciones, cesantías, bonificaciones y demás emolumentos legales dejados de percibir por la demandante, teniendo como salario base para su liquidación, el valor pactado en los contratos en cada año, causados dentro de los



períodos de contratación irregular, tal como se entra a discriminar:

- 18/05/2004 a 29/12/2004.
- 01/04/2005 a 31/12/2005.
- 15/02/2006 a 14/11/2006.
- 01/12/2006 a 31/01/2007
- 06/02/2008 a 05/05/2008
- 06/05/2008 a 30/12/2008
- 24/11/2008 a 30/11/2008
- 02/03/2009 a 01/09/2009
- 07/09/2009 a 30/12/2009
- 28/01/2010 a 27/05/2010
- 30/06/2010 a 29/08/2010
- 08/10/2010 a 31/12/2010
- 16/04/2011 a 31/12/2011

QUINTO: CONDÉNESE al Departamento de Sucre, a pagar al demandante a título de reparación del daño, los porcentajes de cotización correspondientes al empleador a Pensión y Salud que debió trasladar a los Fondos correspondientes, al igual que la totalidad de la cotización a la Caja de Compensación, causados dentro de los períodos de contratación irregular discriminados en el numeral anterior, pago que deberá realizarse a través de las entidades de seguridad social a las que se encuentre afiliada la actora.

SEXTO: CONDÉNESE al Departamento de Sucre, a que sobre las diferencias adeudadas le pagué al actora el reajuste de su valor, conforme al índice de precios al consumidor, con la aplicación de la fórmula referenciada en la parte motiva de este fallo.

SÉPTIMO: El Departamento de Sucre, **DARÁ** cumplimiento a este fallo dentro del término previsto en el artículo 192 del C.P.A.C.A. y si así no lo hiciere,



CONDÉNESE al pago de los intereses previstos en el artículo 195 *ibidem*.

OCTAVO: CONDÉNESE en costas en ambas instancias al Departamento de Sucre - Dasssalud. **FÍJENSE** las agencias en derecho de ambas instancias.

NOVENO: En firme esta decisión, **CANCÉLESE** su radicación, **ENVÍESE** al despacho de origen para su cumplimiento, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 140.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ