

Cartagena de Indias D.T y C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecinueve (2019)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-000-2016-00919-00
Demandante	RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO
Demandado	CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E (CONCAMA)
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Carga de la prueba - Vínculo laboral empleado público - Pago de prestaciones sociales - Sanción moratoria -.

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede esta Sala de decisión, dictar sentencia de primera instancia dentro del proceso promovido por RAFAEL ENRIQUE SANJUÁN RUBIO, quien actúa a través de apoderado judicial, mediante la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra el CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E., donde el objeto del proceso consiste en la declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto que niega el pago de prestaciones sociales, así como el pago de sanción moratoria por el no pago oportuna de dichas prestaciones.

II.- ANTECEDENTES

2.1. Demandante

La presente acción fue instaurada por RAFAEL SANJUAN RUBIO, por conducto de apoderado judicial.

2.2.- Demandado

La acción está dirigida en contra del CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E. (CONCAMA).

2.3. La demanda¹.

A través de apoderado judicial constituido para el efecto, RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO, instauró demanda de nulidad y restablecimiento en contra

¹ Folios 1-10 cdno. 1ª. instancia

del CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E., para que, previo el trámite a que hubiere lugar, se accediera a las siguientes,

2.4. Pretensiones

"2.1. Que se decrete la nulidad de EL ACTO FICTO O PRESUNTO "POR MEDIO DEL CUAL, EL MUNICIPIO DE ALTOS DEL ROSARIO Y/O CENTRO DE SALUD CON CAMAS MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E., GERENCIADO POR EL DR. JORGE ABUD FERREIRA, NEGÓ A MI REPRESENTADO, RAFAEL SANJUAN RUBIO LAS PRETENSIONES CONTENIDAS EN EL DERECHO DE PETICIÓN DEL 2 DE FEBRERO DE 2016, RECIBIDO POR LOS DESTINATARIOS, COMO REZA EN LA CERTIFICACIÓN DE "SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A."

2.2. Que a título de restablecimiento del derecho, se condene a los: MUNICIPIO DE ALTOS DEL ROSARIO Y/O CENTRO DE SALUD CON CAMAS MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E., reconocer y pagar a mi representado o a quien represente sus derechos las prestaciones sociales caudadas y no pagadas por las entidades convocadas, indexadas.

2.3. Que se produzca el reconocimiento y pago de la sanción moratoria, a cargo de la parte demandada y a favor de mi representado por el no pago de las prestaciones sociales, causadas y no pagadas, desde que se dio la desvinculación ocurrida el día 10 de Mayo de 2013 y hasta cuando se produzca el pago.

2.4. Que se giren a las empresas prestadoras de los servicios de seguridad social (salud, pensiones y riesgos laborales) los aportes que fueron descontados del salario del demandante durante la vigencia de la elación laboral y no fueron pagados a las citadas empresas.

2.5. Que se condene en costas a las entidades que resulten vencidas en este juicio"

Los anteriores pedimentos se sustentan en los siguientes

2.5. Hechos

Como soporte fáctico de sus pedimentos, la parte demandante expone los siguientes:

Señala el accionante que, en mediante Resolución No. 014 de 11 de marzo de 2013, fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario en la planta de personal el CENTRO DE SALUD CON CAMAS MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E. del municipio Altos del Rosario con una asignación básica mensual de \$1.600.000,00, tomando posesión del cargo el día 11 de marzo del mismo año.

Manifestó que mediante Resolución No. 015 del 14 de marzo de 2013, fue encargado de la gerencia del CENTRO DE SALUD CON CAMAS MANUEL H. ZABALETA G., para los días 14 y 15 de marzo del 2013.

Explica que, durante la relación laboral, el demandante cumplió con el horario establecido por la entidad empleadora, prestó sus servicios en forma personal

y cumpliendo órdenes que le impartían sus superiores jerárquicos en la entidad demandada.

Agregó que durante la vigencia de la relación laboral, el empleador hizo los descuentos del salario del demandante para el pago de las cotizaciones en seguridad social (pensión, salud y riesgos laborales), pero no giró los respectivos aportes.

Sostiene que la relación laboral finalizó el día 10 de mayo de 2013, por renuncia voluntaria del demandante; y hasta la fecha no se ha expedido el acto administrativo reconocimiento y ordenando el pago de prestaciones sociales a favor del actor, tales como cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicio, vacaciones).

Que, el demandante, presentó derecho de petición a la entidad demandada, en febrero de 2016, recibido por la misma el día 08 de febrero de 2016, ante lo cual la demandada ha guardado silencio.

Por último, señala que se convocó a la parte demandada a audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación – Seccional Bolívar, siendo notificada en legal forma, pero la demandada no asistió a dicha audiencia ni justificó su inasistencia.

2.6. Normas violadas y concepto de la violación

Constitución Política artículos 1, 2, 4, 23, 25, 29, 53, 58, 123 y 209
Ley 244 de 1995
Ley 1971 de 2006
Ley 1437 de 2011, artículo 137, 154, 157, 160 y 162
Ley 1755 de 2015
Decreto 3135 de 1968
Decreto 1848 de 1969
Decreto 1045 de 1978
Decreto 2150 de 1995
Ley 995 de 2005
Decreto 404 de 2006
Decreto 1333 de 1986
Ley 6 de 1945

2.6.1 Concepto de la violación

Explica la parte demandante que, la parte demandada vulnera los derechos del actor al desconocer lo preceptuado en los artículos 25 y 53 que tratan sobre

el derecho al trabajo y al pago oportuno de los salarios y las prestaciones sociales; por ende, a su juicio, la parte demandada debe ser condenada al pago de la sanción señalada en la Ley 244 de 1995, modificada por la Ley 1071 de 2006 por el no pago oportuno de las cesantías y las prestaciones sociales, teniendo en cuenta que, si bien es cierto, el Estado en el caso particular de la entidad demanda, goza de un privilegio de efectuar el pago de las prestaciones solicitadas en un plazo razonable, en el presente caso la parte demandada omitió dicho pago siendo que han transcurrido más de tres (3) años contados desde el retiro al cargo del demandante, esto es, 10 de mayo de 2013.

Aduce que la protección al pago de las prestaciones sociales debe ser la misma que se aplica al salario, para lo cual debe tenerse en cuenta el Convenio 95 de 8 de junio de 1949 de la OIT.

2.7. Contestación de la demanda

El demandado CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E. (CONCAMA), no presentó contestación a la demanda, ni propuso excepción alguna.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda se presentó el día 21 de julio de 2016², ante los juzgados administrativos, declarándose la falta de competencia por parte del juez de conocimiento. Posteriormente, fue repartido ante el Tribunal Administrativo de Bolívar³; por auto del 18 de marzo de 2017⁴, el Magistrado que le correspondió el conocimiento admite la demanda, practicándose las notificaciones de rigor al Ministerio Público y a la parte demandada; el 12 de febrero de 2018 se realiza la audiencia inicial⁵, por auto proferido en audiencia celebrada el día 08 de marzo de 2018 se ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha, plazo dentro del cual el Ministerio Público, si a bien lo consideraba, podría emitir su concepto de fondo.⁶

² Folio 1

³ Folio 48

⁴ Folio 55

⁵ Folios 69-72

⁶ Folios 90-91

IV. ALEGATOS Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1. Alegatos de la parte demandante⁷

La apoderada de la parte demandante dentro del término legal, presentó alegatos de conclusión, expresando que dentro del presente asunto se encuentra plenamente probado, con los documentos aportados con la demanda, que el demandante fue nombrado en el cargo de profesional universitario de la planta de personal de la E.S.E. CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G. del municipio Altos del Rosario – Bolívar, y laboró en dicha entidad hasta el día 10 de mayo de 2013, percibiendo una asignación básica mensual de \$1.600.000.

Asevera que, ante lo probado con la inspección judicial practicada dentro del presente proceso, en lo que se refiere a la carencia de archivo físico y digital, la demandada no desvirtuó las afirmaciones hechas en la demanda, especialmente a la falta de pago de las prestaciones sociales, una vez se produjo la renuncia del señor SANJUAN RUBIO.

Expresa que, la falta de contestación de la demanda constituye un indicio en contra de la demandada, por lo tanto se deben aplicar las consecuencias legales de la ley procesal contencioso administrativa; resaltando que la demandada demostró desinterés procesal, no sólo durante la etapa previa de la audiencia de conciliación, sino también durante el desarrollo del proceso, guardando silencio respecto de los hechos y pretensiones de la demanda.

Por último, adiciona que dentro del proceso quedó probado que la demandada adeuda al señor RAFAEL SANJUAN lo reclamado, con la sola afirmación que hace el actor en el derecho de petición, de fecha 02 de febrero de 2016 presentado y recibido por la parte pasiva de la relación. Ratificándose en cada una de las pretensiones de la demanda.

6.2. Alegatos de la parte demandada

La parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

6.3 Ministerio Público: No allegó concepto en el proceso de la referencia.

⁷ Folios 93-95

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Control de legalidad

Tramitada la segunda instancia y dado que, no se observa causal de nulidad, impedimento o irregularidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir la controversia suscitada entre las partes.

7.2. Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso en segunda instancia, por disposición del artículo 153 del CPACA.

7.3 Acto administrativo demandado.

En el presente asunto, es el acto ficto o presunto por medio del cual el CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E. (CONCAMA), niega al demandante el reconocimiento de las pretensiones (pago de prestaciones sociales y sanción moratoria), contenidas en la solicitud de fecha dos (2) de febrero de 2016.

7.4 Problema jurídico.

La parte demandante sostiene que en el presente caso se encuentra plenamente probado, que el demandante fue nombrado en el cargo de profesional universitario de la planta de personal de la E.S.E. CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G. del municipio Altos del Rosario – Bolívar, y laboró en dicha entidad desde el 11 de marzo de 2013 hasta el día 10 de mayo del mismo año, percibiendo una asignación básica mensual de \$1.600.000; por lo tanto, arguye que tiene derecho al pago de prestaciones sociales y la correspondiente sanción moratoria por el no pago oportuno de las mismas.

Atendiendo a la fijación del litigio que fuere hecha en la audiencia inicial, la Sala encuentra que como primer punto es necesario establecer la existencia y extremos temporales de la relación laboral entre el señor RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO y la demandada.

Una vez determinado lo anterior, se analizará si ¿Es procedente que se condene a la demandada a reconocer y pagar las sumas de dinero, por concepto de prestaciones sociales y sanción moratoria, con ocasión del

cargo que desempeñó el demandante en la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E.?

7.5. Tesis

La Sala de Decisión, denegará las pretensiones de la parte accionante, por cuanto no se encuentran probadas la relación laboral, ni los extremos temporales de la misma; lo anterior, con fundamento en que si bien el actor logra acreditar el nombramiento por parte de la demandada en el cargo de profesional universitario, no acreditó que se tomara en forma debida la posesión del cargo, acto necesario para concretar la vinculación laboral a la demandada; tampoco probó la supuesta fecha de desvinculación. Por consiguiente no es dable que se genere obligación por concepto de prestaciones sociales y mucho menos la sanción moratoria reclamada.

7.6. Marco normativo y Jurisprudencial

El artículo 123 de la Constitución Política de Colombia establece:

“ARTÍCULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

De acuerdo con lo anterior, los servidores públicos que prestan sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado.

Con respecto a las categorías de empleados públicos y trabajadores oficiales, el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, señala:

“ARTICULO 5. EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES. <Aparte entre paréntesis declarado INEXEQUIBLE> Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. (En los estatutos de los establecimientos Públicos se precisará que actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo).

13001-33-33-000-2016-00919-00

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

Con respecto a las normas aplicables a los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado, se encuentra lo siguiente:

El Artículo 195 de la Ley 100 de 1993, relacionado con las normas aplicables a los servidores públicos de las Empresas Sociales del Estado señaló:

“ARTÍCULO 195.- Régimen jurídico. Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

(...)

5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del capítulo IV de la Ley 10 de 1990.

(...)”.

Por su parte la Ley 10 de 1990, por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones señala:

“ARTÍCULO 26. Clasificación de empleos. En la estructura administrativa de la Nación, de las entidades territoriales o de sus entidades descentralizadas, para la organización y prestación de los servicios de salud, los empleos pueden ser de libre nombramiento y remoción o de carrera. Son empleos de libre nombramiento y remoción:

(...)

Todos los demás empleos son de carrera. Los empleados de carrera, podrán ser designados en comisión, en cargos de libre nombramiento y remoción, sin perder su pertenencia a la carrera administrativa.

PARAGRAFO. Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones.”

(...)

ARTÍCULO 30. Régimen de los trabajadores oficiales y de los empleados públicos. *Las entidades públicas de cualquier nivel administrativo que presten servicios de salud, aplicarán a sus trabajadores oficiales, en cuanto sean compatibles, los principios y reglas propios del régimen de carrera administrativa, y les reconocerán, como mínimo,*

13001-33-33-000-2016-00919-00

el régimen prestacional previsto en el Decreto 3135 de 1968, todo, sin perjuicio de lo que contemplen las convenciones colectivas de trabajo.

A los empleados públicos del sector de la salud de las entidades territoriales y de sus entes descentralizados, se les aplicará el mismo régimen prestacional de los empleados públicos del orden nacional, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 17 de la presente Ley. (Subrayas fuera del texto)

Ahora bien, los empleados públicos que fueron nombrados y posesionados en empleos de las Empresas Sociales del Estado del nivel territorial con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 10 del mes de enero de 1990, tendrán derecho al reconocimiento y pago de elementos salariales y prestacionales propios de la respectiva entidad territorial.

Mediante el Decreto 1919 de 2002, el Gobierno Nacional estableció las prestaciones sociales a que tienen derecho los empleados públicos de las entidades del Estado del orden territorial. En este sentido se dispone:

***"ARTÍCULO 1.-** A partir de la vigencia del presente Decreto todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y **Municipal**, a las Asambleas Departamentales, a los Concejos Distritales y Municipales, a las Contralorías territoriales, a las Personerías Distritales y Municipales, a las Veedurías, así como el personal administrativo de empleados públicos de las Juntas Administrativas Locales, de las Instituciones de Educación Superior, de las Instituciones de Educación Primaria, Secundaria y media vocacional, gozarán del régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional.*

Las prestaciones sociales contempladas en dicho régimen serán liquidadas con base en los factores para ellas establecidas. (Negrillas y subrayado fuera del texto)

De acuerdo con lo anterior, a partir de la expedición del Decreto 1919 de 2002 los empleados del nivel territorial, tienen derecho a las prestaciones sociales propias de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden Nacional, contenidas en el Decreto 1045 de 1978.

En virtud de tal decreto y a partir del 1º de septiembre de 2002 (fecha de entrada en vigencia de la disposición), los empleados del nivel territorial, tienen derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales creadas para los empleados públicos del nivel nacional.

En consecuencia tendrán derecho, entre otras, al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones sociales:

- a) Vacaciones,
- b) Prima de vacaciones,
- c) Bonificación por Recreación,
- d) Prima de navidad
- e) Subsidio familiar
- f) Auxilio de cesantías
- g) Intereses a las cesantías (En el régimen con liquidación anual)
- h) Dotación de Calzado y vestido de labor
- i) Pensión de jubilación
- j) Indemnización sustitutiva de Pensión de jubilación
- k) Pensión de sobrevivientes
- l) Auxilio de enfermedad
- m) Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional
- n) Auxilio funerario
- ñ) Asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, servicio odontológico.
- o) Pensión de invalidez
- p) Indemnización sustitutiva de Pensión de invalidez
- q) Auxilio de maternidad.

7.7. Caso concreto

7.7.1. Hechos probados

De las pruebas aportadas y presentadas de manera oportuna, se tienen como hechos probados los siguientes:

- Se encuentra probado que, mediante **Resolución No. 014 de 11 de marzo de 2013 de la ESE Centro de Salud con Camas Manuel H. Zabaleta**

G. de Altos del Rosario, fue nombrado el señor RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO, en el cargo de Profesional Universitario, con una asignación básica mensual de un millón seiscientos mil pesos (\$1.600.000).⁸

- El nombramiento anterior fue comunicado al señor RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO, mediante comunicación de fecha 11 de marzo suscrita por Jorge Luis Abud Ferreira (Gerente); comunicándole además que, para tomar posesión del cargo, debía adjuntar documentación allí detallada.⁹
- **Copia de Acta de Posesión No. 01 de fecha 11 de enero de 2013**¹⁰, suscrita por el Gerente de la ESE y el aquí demandante tomando posesión del cargo de Profesional Universitario de la ESE del Municipio de Altos del Rosario, en la cual se relaciona el número de la Resolución de nombramiento (No. 14), más no la fecha de dicho acto administrativo.
- Copia de Nómina para pago de sueldos del personal de la Centro de Salud con Camas Manuel H. Zabaleta G. de Altos del Rosario, correspondiente a febrero de 2013, en la cual aparece liquidada la suma de 686.933 a favor del demandante por concepto de 14 días laborados en dicha entidad en el cargo de profesional universitario con base en un sueldo básico de \$1.600.000; dicho documento se encuentra suscrito por Jorge Luis Abud Ferreira (Gerente) y Emeterio Ardila (Tesorero).¹¹
- Copia de Nómina para pago de sueldos del personal de la Centro de Salud con Camas Manuel H. Zabaleta G. de Altos del Rosario, correspondiente a mayo de 2013, en la cual aparece liquidada la suma de \$1.472.000 a favor del señor Luis Carlos Torres Baena, por concepto de 30 días laborados en dicha entidad en el cargo de Profesional Universitario con base en un sueldo básico de \$1.600.000; dicho documento se encuentra suscrito por Jorge Luis Abud Ferreira (Gerente) y Emeterio Ardila (Tesorero).¹²

⁸ Folios 9-10

⁹ Folio 8

¹⁰ Folio 11

¹¹ Folio 12

¹² Folio 13

- Acta de diligencia de inspección judicial, dentro del Despacho Comisorio No. 005, practicada en las instalaciones de la ESE Centro de Salud con cama Manuel H: Zabaleta G., por el Juzgado Promiscuo Municipal de Altos del Rosario, el día 26 de febrero de 2018.¹³
- Escrito aportado por la Gerente (E) de la ESE demandada¹⁴, durante la práctica de la inspección judicial en las instalaciones de la ESE Centro de Salud con cama Manuel H: Zabaleta G., por el Juzgado Promiscuo Municipal de Altos del Rosario, el día 26 de febrero de 2018.

7.7.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial expuesto

Atendiendo el marco legal y jurisprudencial expuesto en precedencia, y teniendo en cuenta que, el señor RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO sostiene que mediante Resolución No. 014 de 11 de marzo de 2013 fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario en la planta de personal del CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G. ESE, tomando la debida posesión del cargo el día 11 de marzo de 2013, se reitera que el personal vinculado a dicha entidad, son servidores públicos clasificados como empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme lo establece el artículo 26 de la Ley 10 de 1990.

Nuestro máximo Tribunal Contencioso con relación al personal de la administración pública, ha expuesto¹⁵:

" DEL PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El régimen jurídico ha contemplado tres clases de vinculación con las entidades públicas, las cuales tienen sus propios elementos que los tipifican. Estas son: 1). La vinculación legal y reglamentaria - empleados públicos, 2). La laboral contractual - trabajadores oficiales con esa clase de contratos y 3). Los contratos de prestación de servicios - contratistas, cada uno con su régimen jurídico.

Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita

¹³ Folios 77-78 y 84-85

¹⁴ Folios 81-82, 88-89

¹⁵ Sentencia Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A, de fecha veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 68001-23-31-000-2000-01400-01(3091-13 - Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

13001-33-33-000-2016-00919-00

que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son en principio, la existencia del empleo en la planta del personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la Constitución Política).

*Entonces para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, **seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir, que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente.***

(...)

7.2.2.1. Carga de la prueba

En sentencia C-086/16, mediante la cual se estudió demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 167 (parcial) de la ley 1564 de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”¹⁶, la Corte Constitucional sobre la carga de la prueba, señaló:

6.- Carga dinámica de la prueba, deberes de las partes y atribuciones del juez como director del proceso

*6.1.- Una de las principales cargas procesales cuando se acude a la administración de justicia, en general, y a la jurisdicción civil, en particular, es la concerniente a la prueba de los hechos que se alegan. La carga de la prueba es un elemento característico de los sistemas procesales de tendencia dispositiva. Se conoce como principio “**onus probandi**”, el cual indica que por regla general corresponde a cada parte acreditar los hechos que invoca, tanto los que sirven de base para la demanda como los que sustentan las excepciones, de tal manera que deben asumir las consecuencias negativas en caso de no hacerlo¹⁷. (Subraya y negrilla fuera del texto)*

De acuerdo con la doctrina, esta carga procesal se refiere a “la obligación de ‘probar’, de presentar la prueba o de suministrarla, cuando no el deber procesal de una parte, de probar la (existencia o) no existencia de un hecho afirmado, de lo

¹⁶ Sentencia Corte Constitucional C-086/16 de veinticuatro (24) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Magistrado Ponente: JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

¹⁷ “Luego de una prolongada evolución, las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: ‘onus probandi incumbit actori’, al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; ‘reus, in excipiendo, fit actor’, el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, ‘actore non probante, reus absolvitur’, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción”. Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

13001-33-33-000-2016-00919-00

contrario el solo incumplimiento de este deber tendría por consecuencia procesal que el juez del proceso debe considerar el hecho como falso o verdadero”¹⁸. En tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha explicado cómo en el sistema procesal se exige, en mayor o menor grado, que cada uno de los contendientes contribuya con el juez al esclarecimiento de la verdad:

“En las controversias judiciales, por regla general, cada una de las partes acude al juez con su propia versión de los hechos, esto es, que presenta enunciados descriptivos o proposiciones fácticas a partir de las cuales pretende generar un grado de convencimiento tal, que sea suficiente para que se emita un pronunciamiento favorable al ruego que se eleva ante la jurisdicción. Dicho de otro modo, en el punto de partida de toda controversia procesal, cada uno de los extremos del litigio intenta convencer al juez de que las descripciones que presenta coinciden con la realidad y, a partir de aquéllas, justamente, propicia el litigio.

De esa manera, cuando hay una genuina contención, el sistema exige que cada uno de los contendientes correlativamente contribuya a que el juez supere el estado de ignorancia en el que se halla respecto de los hechos debatidos, tarea que por lo general concierne al demandante respecto de sus pretensiones, y al demandado respecto de las excepciones.

Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan”.

Esta institución pretende que quien concurre a un proceso en calidad de parte asuma un rol activo y no se limite a refugiarse en la diligencia del juez ni se beneficie de las dificultades probatorias o mala fortuna de su contraparte. En otras palabras, “las partes en el proceso deben cumplir con el deber de diligencia en lo que pretenden probar. Ninguna debe obrar con inercia porque ello causa que las consecuencias adversas de la decisión sean deducidas en su contra. El proceso no premia la estrategia sino la solución del conflicto con la participación de las partes”¹⁹.

En el ordenamiento jurídico colombiano el postulado del “onus probandi” fue consagrado en el centenario Código Civil²⁰. Se mantuvo en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil de 1970 con la regla según la cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas

¹⁸ Leo Rosenberg, La Carga de la Prueba, Ediciones Jurídicas Europa América, p.18.- Cfr. Sentencia T-733 de 2013.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-733 de 2013.

²⁰ “ARTÍCULO 1757.- PERSONA CON LA CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

13001-33-33-000-2016-00919-00

persiguen”, con excepción expresa de los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas²¹.

6.2.- Sin embargo, el principio de la carga de la prueba (onus probandi) es un postulado general que admite excepciones en cuanto a la demostración de ciertos hechos. Algunas excepciones son derivadas del reconocimiento directo de un acontecimiento por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo debido a su amplia difusión (hechos notorios). Otras se refieren a aquellos hechos que por su carácter indeterminado de tiempo, modo o lugar hacen lógica y ontológicamente imposible su demostración para quien los alega (afirmaciones o negaciones indefinidas)²². Y otras son consecuencia de la existencia de presunciones legales o de derecho, donde “a la persona el sujeto procesal favorecido con la presunción solo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento”²³.

Todas ellas responden por lo general a “circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos”, donde el traslado de las cargas probatorias “obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona”²⁴.

6.3.- Con todo, el abandono de una concepción netamente dispositiva del proceso, al constatarse cómo en algunos casos surgía una asimetría entre las partes o se requería de un nivel alto de especialización técnica o científica que dificultaba a quien alegaba un hecho demostrarlo en el proceso, condujo a revisar el alcance del “onus probandi”. Fue entonces cuando surgió la teoría de las “cargas dinámicas”, fundada en los principios de solidaridad, equidad (igualdad real), lealtad y buena fe procesal, donde el postulado “quien alega debe probar” cede su lugar al postulado “quien puede debe probar”²⁵.

La teoría de la carga dinámica de la prueba halla su origen directo en la asimetría entre las partes y la necesidad de la intervención judicial para restablecer la igualdad en el proceso judicial. Quizá el caso más representativo –no el único-, que en buena medida dio origen a su desarrollo dogmático, jurisprudencial y legal, es el concerniente a la prueba de las malas prácticas médicas:

“Ciertamente es que la susodicha [doctrina de las cargas probatorias dinámicas] nació como un paliativo para aligerar la impropia tarea de producir pruebas diabólicas que, en ciertos supuestos, se hacían caer sin miramientos, sobre las espaldas de algunas de las partes (actor o demandado) por mal entender las tradicionales y sacrosantas reglas apriorísticas de distribución de la carga de la prueba (...). Sin embargo, la fuerza de las

²¹ “ARTÍCULO 177. CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

²² En este sentido, por ejemplo, el artículo 177 del anterior Código de Procedimiento Civil, recogido también por el artículo 167 del Código General del Proceso, dispuso que “los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-070 de 1993.

²⁴ Ídem.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-741 de 2004 y T-346 de 2011, entre otras.

13001-33-33-000-2016-00919-00

*cosas demostró, verbigracia, que imponerle al actor víctima de una lesión quirúrgica en el interior del quirófano, la prueba acabada de lo que había ocurrido y de cómo había ocurrido, resultaba equivalente a negarle toda chance de éxito*²⁶.

*De esta manera, la noción de carga dinámica de la prueba, "que no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla"*²⁷, supone reasignar dicha responsabilidad, ya no en función de quien invoca un hecho sino del sujeto que, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de acreditarlo²⁸.

6.4.- Como quiera la legislación procesal colombiana no hizo referencia a la noción de carga dinámica de la prueba, al menos de manera directa (hasta la aprobación de la Ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso), su reconocimiento vino de la mano de la jurisprudencia, tanto del Consejo de Estado en asuntos de responsabilidad por falla presunta en el servicio médico²⁹, como de la Corte Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil.

Ahora bien, a efectos de analizar las pruebas de manera conjunta esta Sala, examina la prueba documental aportada con la demanda y la practicada en el transcurso del proceso, donde se da cuenta que de la Resolución No. 014 de 11 de marzo de 2013 de la ESE Centro de Salud con Camas Manuel H. Zabaleta G. de Altos del Rosario, se desprende claramente que el señor RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO, fue nombrado en el cargo de Profesional Universitario, con una asignación básica mensual de un millón seiscientos mil pesos (\$1.600.000)³⁰; no obstante, no se constata con las pruebas aportadas, que el demandante haya tomado la debida posesión del cargo en virtud a

²⁶ Jorge Peyrano, Carga de la Prueba. Conceptos clásicos y actuales. En: "Revista de Derecho Privado y Comunitario, núm.13. Santa Fe, Rubinzal, 1997. Siguiendo a este autor, María Belén Tepsich añade: "El mayor disipador de esta floreciente doctrina fue la injusticia que en el ámbito de la mala praxis médica se producía al quedar en cabeza del paciente-víctima o sus derechohabientes la carga de la prueba de un hecho ocurrido -por ejemplo- en la soledad del quirófano". María Belén Tepsich, "Cargas probatorias dinámicas". En: "Cargas probatorias dinámicas" (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004, p.154.

²⁷ Inés Lépori White, "Cargas probatorias dinámicas". En: "Cargas probatorias dinámicas" (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004, p.60.

²⁸ "La doctrina de las cargas probatorias dinámicas importa un desplazamiento del onus probandi según fueren las circunstancias del caso, recayendo en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producir las pruebas, más allá del emplazamiento como actor o demandado en el proceso o de que se trate de hechos constitutivos, modificativos, impeditivos o extintivos, y puede desplazarse del actor al demandado y viceversa, según corresponda (...)". Ivanna María Airasca, "Reflexiones sobre la doctrina de las cargas probatorias dinámicas". En: "Cargas probatorias dinámicas" (AAVV). Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2004, p.135-136.

²⁹ Cfr., Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 24 de enero de 2002, exp. 12706; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 28 de abril de 2005, exp. 14626; entre otras.

³⁰ Folios 9-10

dicho nombramiento, pues del acta de posesión aportada junto con la demanda se avizora que la misma corresponde a perfeccionar la vinculación con la demandada en virtud a la Resolución No. 014, pero en dicha acta no se refleja la fecha de la resolución de nombramiento.

Ese hecho fue divisado por el magistrado ponente en la audiencia inicial, y puesto en conocimiento de la parte demandante y del Ministerio Público, frente a lo cual la apoderada de la parte actora aseveró que, si bien en el acta de posesión militante a folio 11 aparece como fecha de su emisión el día 11 de enero de 2013, en realidad corresponde al día 11 de marzo de 2013; lo cual no es de recibo para la Sala, pues el simple dicho de la parte demandante no es prueba que se haya materializado el acto de posesión en la fecha expuesta en el hecho segundo de la demanda.

Ahora, de la prueba documental aportada por la propia parte demandante, de una parte, tenemos copia de nómina para pago de sueldos del personal de la Centro de Salud con Camas Manuel H. Zabaleta G. de Altos del Rosario, correspondiente a **febrero de 2013**, en la cual aparece liquidada la suma de 686.933 a favor del demandante señor RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO, por concepto de 14 días laborados en dicha entidad en el cargo de profesional universitario con base en un sueldo básico de \$1.600.000³¹; así mismo, se tiene copia de nómina para pago de sueldos del personal de la Centro de Salud con Camas Manuel H. Zabaleta G. de Altos del Rosario, correspondiente a **mayo de 2013**, en la cual aparece liquidada la suma de \$1.472.000 a favor del señor LUIS CARLOS TORRES BAENA, por concepto de **30 días** laborados en dicha entidad en el cargo de Profesional Universitario con base en un sueldo básico de \$1.600.000; dicho documento se encuentra suscrito por Jorge Luis Abud Ferreira (Gerente) y Emeterio Ardila (Tesorero)³².

Con lo anterior, no sólo se dejó de probar la vinculación del demandante con la ESE demandada para la fecha indicada en la demanda, esto es, desde el 11 de marzo de 2013 al 10 de mayo del mismo año, sino que se probó que durante todo el mes de mayo se encontraba vinculado en el cargo de profesional universitario una persona distinta del aquí demandante.

De otra parte, durante la práctica de inspección judicial en la instalaciones de la ESE Centro de Salud con Cama Manuel H. Zabaleta G., prueba que fue decretada de oficio, no se logró recaudar la documentación requerida como nóminas, actas de posesión, resolución de nombramiento, comprobantes de

³¹ Folio 12

³² Folio 13

pago de aportes a la seguridad social, historia laboral del demandando, escrito de renuncia de fecha 10 de mayo de 2013; pero, la Gerente (E) hace entrega de un escrito contentivo de dos (2) folios, donde expone las razones por las cuales no se encuentra ninguna documentación sobre la historia laboral del señor Rafael Enrique Sanjuan Rubio.

En dicho documento se señala básicamente que, por falta de responsabilidad, eficiencia y eficacia administrativa y con ocasión a diferentes factores climáticos y de condiciones ambientales, la información laboral de la entidad se encuentra dañada y no existe archivo documental institucional de hace diez años atrás. Agrega en su escrito que, *“Para el caso particular no se pudo obtener información la (sic) interior de las instalaciones de la E.S.E. correspondiente al señor RAFAEL SANJUAN RUBIO, quien **al parecer por indagaciones nuestras**, laboró corto tiempo en el año 2013, hasta el mes de Mayo del mismo año cuando renunció a su cargo de Subgerente, cuando éste cargo existía.”*

Pues bien, de lo manifestado por la señora OSNITH JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Gerente (E) de la ESE Centro de Salud con Cama Manuel H. Zabaleta G., si bien su dicho lo basa en “indagaciones”, es claro que no tiene certeza de lo manifestado y por lo tanto no lleva a la Sala a convencimiento alguno. Aunado a ello, es importante resaltar que, lo expresado por la señora OSNITH JIMENEZ en su escrito, resulta contradictorio a los hechos de la demanda, pues como se dijo en precedencia, la Gerente (E) señaló que el actor *“laboró corto tiempo en el año 2013, hasta el mes de **Mayo** del mismo año cuando renunció a su cargo de **Subgerente**”*, mientras que el demandante en los hechos de la demanda expone que estuvo vinculado a la ESE demandada en el cargo de **Profesional Universitario**, y sólo durante los días **14 y 15 de marzo** de 2013 fue encargado como **Gerente** del CENTRO DE SALUD CON CAMAS MANUEL H. ZABALETA G.

Así las cosas, advierte esta judicatura que, el escrito aportado por la señora OSNITH JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, Gerente (E), no sirve de prueba para demostrar la vinculación del señor RAFAEL SANJUAN RUBIO con la demandada ESE CENTRO DE SALUD CON CAMAS MANUEL H. ZABALET G, como tampoco las demás pruebas aportadas con la demanda como ya se estudió.

El único hecho probado dentro del presente asunto, es el nombramiento del señor RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO en la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G., el día 11 de marzo de 2013, pero con ello no se prueba el vínculo laboral del actor con la ESE demandada, pues para que se diera tal vinculación es menester que el nombrado tomara debida posesión del cargo

en la misma o posterior fecha al nombramiento, es decir, no se demostró el cumplimiento de los elementos señalados en el artículo 122 de la Constitución Política. Sobre las demás pruebas, algunas son contradictorias y otras simplemente desvirtúan el propio dicho de la parte demandante.

De acuerdo con el art. 164 del CGP, toda decisión judicial debe fundamentarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; en igual sentido, el art. 167 establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Así las cosas, se concluye que en este evento no existen suficientes medios probatorios que den cuenta de la existencia de una relación laboral entre las partes contendientes; por lo que, frente a las pretensiones de declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto por medio del cual la E.S.E. CENTRO DE SALUD CON CAMAS MANUEL H. ZABALETA G., negó al señor RAFAEL SANJUAN RUBIO las pretensiones contenidas en el derecho de petición del 2 de febrero de 2016, la Sala debe pronunciarse de manera negativa. Por consiguiente, mal puede ésta Sala pronunciarse de fondo frente a las demás pretensiones de reconocimiento y pago de prestaciones sociales y la sanción moratoria.

VII.- COSTAS -

Conforme con lo estipulado en el art. 188 del CPACA, y los art. 365 y 366 del CGP., esta Corporación condenará en costas a la parte vencida.

VIII.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO contra la ESE CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G., por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida, conforme a lo establecido en los artículos 188 del CPACA y del 365 -366 del CGP.

TERCERO: Si esta providencia no fuere apelada, una vez en firme, **ARCHÍVESE** el expediente previas las anotaciones de ley en los libros y sistemas de radicación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en Sala No. 035 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS (E)

Acción	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-000-2016-00919-00
Demandante	RAFAEL ENRIQUE SANJUAN RUBIO
Demandado	CENTRO DE SALUD CON CAMA MANUEL H. ZABALETA G.E.S.E (CONCAMA)
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ