



13-001-33-33-006-2014-00112-01

Cartagena de Indias D.T. y C, doce (12) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Radicado	13-001-33-33-012-2013-00148-01
Demandante	ESTEBANA MARCELINA Menco Menco
Demandado	EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Contrato realidad

I.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014), proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda.

II.- ANTECEDENTES

2.1. DEMANDA.

2.1.1. PRETENSIONES (FLS. 2-3)

PRIMERA: Que se declare la nulidad del acto ficto o presunto configurado por el silencio administrativo negativo generado por parte de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, en razón de no haberse desatado dentro del término legal la reclamación administrativa con fecha de recibido quince (15) del mes de diciembre del año 2011, por parte de la ESE MUNICIPAL DE MAGANGUE.

SEGUNDA: Que además se declare que la señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco y la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, existió una relación legal reglamentaria de carácter laboral, la cual se inició el día 06 de septiembre del año 2009 y término con desvinculación arbitraria el día 30 de septiembre del año 2010.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, y de acuerdo con los supuestos fácticos de la demanda, se ordene a la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, a reconocer y pagar a la demandante:

1. Los salarios correspondientes a los meses de junio, julio, agosto y septiembre del 2010.



13-001-33-33-006-2014-00112-01

2. La cancelación la cuenta individual del fondo HORIZONTE de Cesantías y Pensiones correspondientes a los aportes mes por mes, por todo el tiempo laborado, de las sumas equivalentes a la liquidación del auxilio de cesantías de la señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, correspondientes a los años 2009 y 2010, a fin de evitar que siga corriendo el retardo y por consiguiente el monto de la indemnización moratoria.
3. La liquidación y el pago, directo a favor de ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, de las sumas de dinero equivalente el tiempo de retardo operado por la no consignación de las cesantías al fondo HORIZONTE, computado desde el dieciséis (16) de febrero del año Dos Mil Nueve hasta la fecha en que se haga efectiva la consignación respectiva, año por año.
4. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozcan y paguen a favor de la demandante ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, los intereses anuales de cesantías de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990.
5. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de mi poderdante ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, o quien sus derechos representen, un par de zapatos y un vestido de trabajo, cada cuatro meses, por todo el tiempo que viene laborando a órdenes de esta entidad, o su equivalente y la sanción por el incumplimiento reiterado de esta prestación social, acorde con lo dispuesto en el Decreto Reglamentario 1978 de 1989, artículo 1º, 2º, 3º y 4º.
6. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de mi poderdante ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, o quien sus derechos representen, el auxilio de transporte, por todo el tiempo laborado a órdenes del ente territorial, tal como lo preceptúa el artículo 12 de la ley 4º de 1992 en concordancia con el Decreto 4361 de 2004.
7. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de mi poderdante ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, o quien sus derechos representen, el subsidio familiar a que tiene derecho el suscrito, acorde a la ley 21 de 1982, artículo 7º y 86.
8. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de mi poderdante, ESTEBANA MARCELINA Menco Menco o quien sus derechos representen, la prima de servicios a que tiene derecho, correspondientes por los años 2009 y 2010, y que por ley está obligado a cancelar y hasta la fecha de la presentación de la demanda no han hecho.



13-001-33-33-006-2014-00112-01

9. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, RECONOZCA Y PAGUE A FAVOR DE ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO, o quien sus derechos representen, la prima de navidad a que tiene derecho.
10. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO, o quien sus derechos representen, vacaciones a que tiene derecho.
11. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO, o quien sus derechos representen, la prima de vacaciones a que tiene derecho.
12. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO, o quien sus derechos representen, el auxilio de alimentación a que tiene derecho.
13. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de la poderdante o quien sus derechos representen, las horas extras a que tiene derecho, por haber laborado más de cuarenta y ocho (48) horas semanales y haber permanecido disponible durante las veinticuatro (24) horas del día, para ejercer sus funciones a cualquier hora que se le requiera.
14. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, reconozca y pague a favor de ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO, o quien sus derechos representen, el subsidio familiar a que tiene derecho.
15. Disponer condenar en costas a la demandada EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE.
16. Disponer que la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, dará cumplimiento a la sentencia que le ponga fin a la presente demanda, dentro de los términos de los artículos 192, 193 y 195 de la ley 1437 de 2011.

2.1.2. HECHOS. (fls. 4-5)

Los hechos narrados en el escrito genitor pueden resumirse de la siguiente manera:

La señora ESTEBANA MARCELINA MENCO MENCO, prestó sus servicios a órdenes de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, desde el día 6 de septiembre de 2009 en el cargo de PROMOTORA DE SALUD, en el cual hace parte del PLAN OPERATIVO ANUAL (poa) en zona rural del municipio de Magangué, exactamente en los corregimientos de Barbosa y



13-001-33-33-006-2014-00112-01

sitio nuevo, en el horario establecido el cual comenzaba desde las 08:00 am hasta las 06:00 pm y permanecía disponible las 24 horas del día, y recibía una remuneración mensual.

El último salario que devengaba la señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, era de SEISCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS PESOS (\$640.500), el cual se mantuvo constante durante el último año.

El día 30 de septiembre de 2010 la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, prescindió de los servicios como PROMOTORA DE SALUD, de la señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, sin que haya evidencia de haberse presentado causa alguna justificable para dar por terminado la relación laboral.

La EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, le adeuda a la demandante los siguientes conceptos: salarios impagados al momento de la terminación injusta de la relación laboral correspondiente a los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2010; indemnización por despido injusto, prima de servicio, prima de navidad, vacaciones; prima de vacaciones; auxilio de transporte; auxilio de alimentación, horas extras, subsidio de familia. Dotación y vestido, auxilio de cesantías e intereses a las cesantías, sanción moratoria por cada día de retardo en el pago de los salarios y el auxilio de cesantías tal y como lo establece la ley 244 de diciembre de 1995 la cual equivale a un (1) día de salario por cada día de retraso; horas extra diurnas y nocturnas domingos y festivos; pensión; salud; desde la fecha en que ingrese a laboral hasta el día de la terminación injusta de la relación laboral.

2.1.3. FUNDAMENTOS DE DERECHO. (fls. 7)

El demandante señaló como normas violadas las siguientes:

1) Constitucionales: artículos 1, 2, 6, 13, 25, 29, 53 y 125.

2) Legales y Normativos:

- Art. 137 de la ley 1437 de 2011.
- Ley 6 de 1945; art. 17; Decreto 1160 de 1947, arts. 1, 2 y 5; por falta de aplicación.
- Ley 50 de 1990 – art. 99 nral. 2 y 3; por falta de aplicación.
- Ley 244 de 1995 artículo 2º, subrogado por el art. 5º de la ley 1071 de 2006, por falta de aplicación.
- Decreto reglamentario 1978 de 1989, artículos 1, 2, 3 y 4, por falta de aplicación.



13-001-33-33-006-2014-00112-01

- Ley 4 artículo 12 en concordancia con el Decreto 4869 de 2008, por falta de aplicación.
- Ley 21 de 1982, artículo 7 y 86, por falta de aplicación.
- Decreto ley 1045 de 1978, art. 17 y 25.
- Decreto ley 1042 de 1978, art. 59
- Ley 1437 de 2011, art. 137.

3) Jurisprudenciales

- C.S.J., Cas. Laboral Sent. Nov. 20/90, Rad 3956 M.P. Dr. Hugo Suescuen Pujols.
- Sentencia C- 171-2012 de fecha siete (7) de Marzo de 2012.

Concepto de violación. (fls. 7-13)

Señala la demandante en su concepto de violación que los actos acusados son violatorios de este precepto legal porque al momento de expedirse, la ESE Municipal de Magangué incurrió en graves irregularidades sustanciales y formales que ya se colocarán de manifiesto en este libelo, como también se quebrantaron las normas en las que debía fundarse.

Los hechos antecedentes manifiestan animadversión hacia mi patrocinada, teniendo en cuenta que se le han negado, ilegal e injustamente, los derechos que reclama. Los actos acusados carecen de motivación jurídica, por lo que es viable su anulación, como lo dispone la Constitución y la Ley, relacionados con el empleado público, el respeto de los derechos humanos y la exigencia del debido proceso.

Manifiesta la parte demandante que la forma de vincular y desvincular a los empleados públicos en nuestro ordenamiento jurídico es reglada y escrita y el ingreso al servicio se hace por nombramiento ordinario o en prueba o provisional, por nombramiento transitorio, pero en todo caso debe ser por escrito y mediante una resolución o decreto, así lo establece el artículo 23 de la ley 909 de 2004, luego la persona nombrada deberá tomar posesión del cargo según lo establece el artículo 46 del Decreto reglamentario 1950 de 1973. Igualmente la desvinculación del empleado público o de quien viene ejerciendo un cargo público es reglada tal y como lo contempla el artículo 43, parágrafo 2, inciso 1 de la ley 909 de 2004.

Se viola el artículo 13 de la Constitución, según el cual se dispone la igualdad de todas las personas; el trabajo es tanto derecho como obligación social. A lo anterior se agrega que los actos administrativos acusados, por su condición



13-001-33-33-006-2014-00112-01

de ilegales, comprometen la responsabilidad pública, pues le causan a mi patrocinado un daño antijurídico, que en su cargo de empleada pública ejerce una labor al servicio de la comunidad.

Se transgredieron las disposiciones constitucionales citadas, por cuando se desconocieron las obligaciones en ellas contenidas de dar protección al trabajo, como derechos fundamentales del administrado. Los empleados públicos tiene un derecho a exigir del Estado que tanto los nombramientos como las remociones de sus servidores sean con plena observancia de las normas que regulan la función pública, pues de lo contrario, se generan irregularidades y desvinculaciones como las acontecidas en el caso sub-lite en donde la autoridad nominadora no sujetó sus atribuciones a los cánones supra legales.

En términos generales las anteriores argumentaciones plasmadas en el concepto de violación, se refieren a la primacía de la realidad sobre las formas en donde al parecer de la parte demandante, se vislumbra claramente una relación laboral en la medida en que la demandante cumplía horarios de trabajo, se encontraba bajo la subordinación de la Empresa Social del Estado del municipio de Magangué, tenía que rendir informes sobre las funciones que desarrollaba, prestaba un servicio personal y por ello recibía una remuneración de \$640.500.

Finalmente señala que los precedentes señalados en su concepto de violación, indican el alcance del principio de la realidad sobre las formas, reconociéndoles a estos trabajadores por contrato de prestación de servicios de todas las prestaciones sociales basados en este principio. Independientemente del nombre que las partes le asignen al contrato, lo verdaderamente importante es el contenido de la relación laboral y es así que existirá una relación de trabajo cuando se presten servicios personales, se pacte una subordinación que imponga el cumplimiento de horarios o condiciones de dirección y se acuerde una contraprestación económica por el servicio prestado.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

En esta oportunidad concedida para tal efecto, la entidad demandada no contestó la demanda.



2.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Doce (12) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena en sentencia proferida el día 23 de octubre de 2014, negó las pretensiones de la demanda, fundamentando la providencia de la siguiente manera:

Señala que no es viable acceder las pretensiones de la demanda, en razón de que la actora no logró demostrar que prestó sus servicios a la ESE del Municipio de Magangué en el cargo de Promotora de Salud entre los años 2009 y 2010.

Señala el Juez de primer grado que dentro del plenario no obran los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes por dicho periodo de tiempo, pues como bien lo ha señalado el Consejo de Estado, esta prueba documental y solemne es fundamental a la hora de demostrar la efectiva prestación del servicio como presunta relación laboral que allí se oculta, y es que otras pruebas como certificados, planillas y otras, no pueden suplir la calidad probatoria de los mencionados contratos.

2.4. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Inconformes con la decisión, la parte accionante por intermedio de su apoderado especial, apeló la decisión de primer grado con fundamento en lo siguiente:

Señala la parte demandante que son varios y de distinto alcance los criterios por medio de los cuales se puede valorar el testimonio, compete por tanto al Juez echar mano de ellos para seguir el correcto procedimiento de valoración del testimonio como medio probatorio.

Indica el apelante que los testigos señalan que la demandante cumplía un horario de trabajo, recibía una remuneración mensual por su trabajo y cumplía ordenes de sus superiores jerárquicos, que tenía que presentarse uniformada al sitio de trabajo, con lo cual quedó debidamente acreditado que la señora ESTEBANA MARCELINA Menco Menco, prestó sus servicios a órdenes de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE, desde el 06 de septiembre de 2009 en el cargo de PROMOTORA DE SALUD y que recibía una suma mensual de SEISCIENTOS CUARENTA MIL QUINIENTOS PESOS (\$640.500), el cual mantuvo constante durante el último año.

Señala que no puede el Juez de primera instancia desconocer el testimonio como medio de prueba para demostrar los elementos de la relación laboral y



13-001-33-33-006-2014-00112-01

que por tal razón considera que se debe revocar la sentencia de primera instancia y en su defecto conceder las pretensiones de la demanda.

2.5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA.

El recurso de apelación fue repartido el 25 de marzo de 2015, por la Oficina de Servicios de Cartagena, correspondiéndole al Despacho del Magistrado Dr. José Ascensión Fernández Osorio, titular del despacho No. 001, siendo recibido en la Secretaría de este Tribunal el día 09 de abril de 2015.

Mediante auto de fecha 28 de abril de 2015 se admitió para su trámite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante; y ordenó notificar personalmente al Agente del Ministerio Público.

En providencia calendada 07 de septiembre de 2015, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos. Solo la entidad demandada presentó alegatos de conclusión. El Ministerio Público no presentó concepto de fondo.

2.6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

- Parte demandante

En esta oportunidad concedida para tal efecto, la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

- Parte demandada

En esta oportunidad, la parte demandada no presentó alegatos de conclusión.

2.7. MINISTERIO PÚBLICO.

El agente del Ministerio Público no emitió concepto en segunda instancia.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia, se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar el recurso de apelación impetrado por la parte accionante, contra la sentencia proferida el 23 de octubre de 2014, por el Juzgado Doce (12) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena.



- Competencia.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 153 del CPACA, esta Sala es competente para conocer de los recursos de apelación contra sentencias proferidas por los juzgados administrativos de nuestra égida territorial, en segunda instancia.

- Marco jurídico del recurso de apelación.

La Sala, de conformidad con el artículo 328 del C.G.P. resolverá la apelación, norma que dispone:

"Artículo 328. Competencia del superior.

El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia." **(Negrillas de la Sala)**

Con base a lo anterior y dado que solo la parte accionante apeló, la Sala resolverá sólo los puntos impugnados de la sentencia del a-quo.

- Problema jurídico.

En los términos del recurso de apelación interpuesto por la actora, corresponde a esta Sala establecer si en el presente caso existió entre las partes una relación



laboral y si por ello se tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales.

- Tesis

En el presente caso esta Sala confirmará la sentencia de fecha 23 de octubre de 2014, proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, que negó las pretensiones de la demanda, en razón a que la demandante no logró demostrar la existencia de los elementos propios de una relación laboral legal y reglamentaria cuya declaratoria reclama, estos son prestación del servicio, subordinación y el pago de una remuneración por sus servicios prestados en la entidad demandada.

- Marco Normativo y Jurisprudencial
Del Contrato Realidad.

En sentencia C-154 de 1997, la Corte Constitucional con ponencia del Dr. Hernando Herrera Vergara, analizó la diferencia entre el contrato de prestación de servicios y el de carácter laboral, expresando lo siguiente:

"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

Del análisis comparativo de las dos modalidades contractuales - contrato de prestación de servicios y contrato de trabajo- se obtiene que sus elementos son bien diferentes, de manera que cada uno de ellos reviste singularidades propias y disímiles, que se hacen inconfundibles tanto para los fines perseguidos como por la naturaleza y objeto de los mismos.

En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la



existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente." (Subraya fuera de texto)

Así, cuando existe un 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, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones laborales, surge el derecho a que sea reconocida tal relación y, a que como consecuencia se ordene a favor del contratista el derecho al pago de prestaciones sociales, independientemente de la denominación jurídica que se le haya dado a dicha relación.

Por su parte, el H. Consejo de Estado respecto del tema que se estudia, en sentencia de la Sección Segunda Subsección "B" C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, de fecha veinte (20) de septiembre de dos mil siete (2007), Radicación número 25000-23-25-000-2000-01217-01 (4107-04) señaló:

*"El contrato de prestación de servicios puede ser desvirtuado cuando se demuestra la subordinación o dependencia respecto del empleador, evento en el cual surgirá el derecho al pago de prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo, artículo 53 de la Constitución Política. La relación de trabajo se encuentra constituida por tres elementos, a saber, la subordinación, la prestación personal del servicio y la remuneración por el trabajo cumplido. Es obvio que las estipulaciones de horas de trabajo, lugar de prestación del servicio y dependencia a un ente determinado son necesarias para la coordinación de la prestación del servicio de salud. Se advierte que no es suficiente para aceptar la existencia del elemento de la subordinación o dependencia, pues simplemente dice que la actora recibía órdenes, lo cual como quedó visto son necesarias para la coordinación del servicio, concluyéndose que en el presente caso se trató de un contrato de prestación de servicios. **El hecho de que se haya estipulado un horario de cuatro (4) horas en cada uno de los contratos, obedece a relaciones de coordinación, que no deben confundirse con las de subordinación, propias de la relación de trabajo, pues precisamente para lograr satisfacer el objeto del contrato se requiere que las actividades del contratista estén coordinadas con las demás. La circunstancia de***



celebrar en forma consecutiva contratos de prestación de servicios, no evidencia por sí sola la existencia de una relación laboral, pues como ya se dijo, para que esta se configure se requiere la presencia de los tres elementos que la componen, subordinación, prestación personal del servicio y remuneración. Además de lo anterior, vale la pena aclarar que en el presente caso los contratos suscritos no fueron consecutivos pues los mismos tenían interrupciones de meses".

De acuerdo con lo anterior, cuando se pretende el reconocimiento de una relación laboral, desvirtuando con ello la existencia de un contrato de prestación de servicio, debe allegarse fehacientemente al proceso la prueba de la existencia de los siguientes elementos:

- Subordinación.
- Prestación personal del servicio.
- Remuneración por el trabajo cumplido.

Por otra parte, en sentencia de fecha 6 de marzo de 2008, la Sección Segunda - Subsección "A" C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 23001-23-31-000-2002-00244-01 (2152-06), al estudiar si era viable el reconocimiento de un contrato realidad por los períodos laborados bajo la modalidad de Contratos u Órdenes de Prestación de Servicios señaló:

"Debe decirse que para admitir que una persona desempeña un empleo público en su condición de empleado público -relación legal y reglamentaria propia del derecho administrativo- y se deriven los derechos que ellos tienen, es necesario la verificación de elementos propios de esta clase de relación como son: 1) La existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, porque no es posible desempeñar un cargo que no existe (artículo 122 de la Constitución Política); 2) La determinación de las funciones propias del cargo (artículo 122 de la Constitución Política); y 3) La previsión de los recursos en el presupuesto para el pago de gastos que demande el empleo; requisitos éstos sin los cuales no es posible hablar en términos de empleado público, a quien se le debe reconocer su salario y sus correspondientes prestaciones sociales. Además, "en la relación laboral administrativa el empleado público no está sometido exactamente a la subordinación que impera en la relación laboral privada; aquí está obligado es a obedecer y cumplir la Constitución, las Leyes y los reglamentos administrativos correspondientes, en los cuales se consagran los deberes, obligaciones, prohibiciones etc. a que están sometidos los servidores públicos".



13-001-33-33-006-2014-00112-01

Y, en sentencia de doce (12) de febrero de dos mil nueve (2009), radicación No. 70001-23-31-000-1999-01156-01(1982-05) con ponencia del Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, la Sección Segunda Subsección "A", el Consejo de Estado señaló:

"Ahora bien, es necesario aclarar que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un horario, o el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

Así se dijo en la sentencia de la Sala Plena del Consejo de estado del 18 de noviembre de 2003, Rad. IJ-0039, M.-P. Nicolás Pájaro Peñaranda:

"... si bien es cierto que la actividad del contratista puede ser igual a la de empleados de planta, no es menos evidente que ello puede deberse a que este personal no alcance para colmar la aspiración del servicio público; situación que hace imperiosa la contratación de personas ajenas a la entidad. Y si ello es así, resulta obvio que deben someterse a las pautas de ésta y a la forma como en ella se encuentran coordinadas las distintas actividades. Sería absurdo que contratistas encargados del aseo, que deben requerirse con urgencia durante la jornada ordinaria de trabajo de los empleados, laboren como ruedas sueltas y a horas en que no se les necesita. Y lo propio puede afirmarse respecto del servicio de cafetería, cuya prestación no puede adelantarse sino cuando se encuentra presente el personal de planta. En vez de una subordinación lo que surge es una actividad coordinada con el quehacer diario de la entidad, basada en las cláusulas contractuales." (Se resalta).

Es decir, que para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran indispensables en virtud de la necesaria relación de coordinación entre las partes contractuales."

De lo anterior se concluye que, constituye una carga para el interesado, el acreditar en forma incontrovertible la subordinación, dependencia, remuneración y que de hecho desplegó funciones públicas a título personal, de modo que no quede duda acerca del desempeño del contratista, en las mismas condiciones de cualquier otro servidor, siempre y cuando la aludida



13-001-33-33-006-2014-00112-01

subordinación no enmarque simplemente una relación de coordinación entre las partes contractuales para el desarrollo de la labor encomendada, de acuerdo a las particularidades de la función que se deba desempeñar.

Demostrados los elementos propios de una relación laboral, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado que procede el reconocimiento de las prestaciones sociales y demás derechos laborales a favor del demandante a título de reparación del daño, aclarándose que las prestaciones sociales a cargo de los sistemas de salud y pensiones, cubiertas por las entidades respectivas, derivadas de la financiación de las cotizaciones que efectúan las partes que integran la relación laboral, no puede ser por la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el contratista.¹

Con base en lo anterior procede la Sala al estudio de fondo de la Litis.

- Caso concreto.

Se encuentra demostrado en el proceso con los medios de prueba documentales, decretadas y oportunamente allegadas al proceso, los siguientes hechos:

- La actora agotó la vía gubernativa a través de petición radicada en la entidad demandada el día 7 de febrero de 2012. (fl. 32-33)
- Formatos diligenciados por parte de la demandante denominados cronogramas de actividades mensuales, visitas domiciliarias, resumen mensual de actividades, sin embargo, los mismos no comprenden la totalidad de los tiempos que señala la actora estuvo vinculada con la entidad demandada, pues algunos solo indican el día sin especificar meses, otros meses sin especificar día y año. (fls. 37-58)
- Certificado expedido por la Coordinadora PAI ESE Municipio de Magangué, en donde se indica que la señora ESTEBANA MENCO MENCO desempeñó el cargo de PROMOTORA DE SALUD. (fl. 148)

Ahora bien, una vez señaladas las pruebas que permiten hacer el análisis en el presente caso, considera la Sala pertinente señalar que en el sub-lite se pretende el reconocimiento de la existencia de una verdadera relación laboral entre la ESE del Municipio de Magangué y la demandante por los períodos comprendidos entre el 06 de septiembre de 2009 y el 30 de

¹ Ver entre otras sentencias: Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección "B", C.P. Gerardo Arenas Monsalve, 15 de marzo de 2012, radicación número: 25000-23-25-000-2008-00339-01(1395-11)



septiembre de 2010, en los que se alega que la actora estuvo prestando sus servicios como Promotora de Salud con la entidad demandada.

En ese orden, la parte demandante en su recurso de apelación advierte que es errada la afirmación del A quo al considerar que no obra en el plenario pruebas suficientes que demuestren el elemento de existencia de la prestación del servicio, y los extremos de la relación aducida.

Así las cosas, a partir de los argumentos expuestos en el recurso de alzada propuesto, procede la Sala a valorar las pruebas obrantes en el proceso, a efectos de determinar, en primer lugar, si se presentan los elementos de prestación personal del servicio, remuneración, subordinación o dependencia, que permitan inferir que entre la ESE del Municipio de Magangue y la demandante, ESTEBANA MENCO MENCO existió una verdadera relación laboral.

-Prestación personal del servicio y remuneración

Sea lo primero señalar que en el presente caso afirma la actora que se desempeñó en el cargo de Promotora de Salud por el periodo comprendido entre el día 06 de septiembre de 2009 y el 30 de septiembre de 2010 en la ESE del Municipio de Magangue.

Esta afirmación hecha por la parte actora no encuentra su asidero jurídico dentro del plenario, en razón de que la señora ESTEBANA MENCO MENCO, no logró demostrar de manera fehaciente el primer elemento de una relación laboral, como lo es la prestación personal del servicio en la entidad demandada, como lo señaló el Juez de primera instancia, argumento que además comparte esta Sala, habida cuenta que no se trajeron al plenario ni siquiera los contratos de prestación de servicios celebrados entre la entidad demandada y la demandante, y sobre los cuales pretendía la actora demostrar que en realidad se estaba ocultando una verdadera relación laboral o contrato realidad.

Ha sido muy reiterativo el Honorable Consejo de Estado al señalar que en estos casos en los que se pretende demostrar la verdadera realidad sobre las formas, los contratos de prestación de servicios son prueba esencial al momento de demostrar la prestación del servicio como presunto elemento de la relación laboral, pues considera esta Sala que las demás pruebas como certificados, cronogramas de actividades mensuales, visitas domiciliarias, resumen mensual de actividades no pueden substituir la calidad probatoria de los mencionados contratos de prestación de servicios.



13-001-33-33-006-2014-00112-01

Si bien, se observa en el plenario cronogramas de actividades mensuales, visitas domiciliarias, resumen mensual de actividades, en principio los mismos no certifican todo el tiempo laborado que pretende sea reconocido por parte de la demandante.

En efecto, si bien se observan actividades a ejecutar, los mismos no dan certeza a esta Sala, que se estuviera cumpliendo un horario de trabajo, por lo que dichas pruebas no tendrían sustento probatorio para demostrar lo pretendido por la actora.

De otro lado, observa esta Sala en el recurso de alzada, que el argumento de la demandante, al manifestar que para el Juez de primera instancia, no fueron suficientes los testimonios presentados en la demanda, pues indica la demandante que de los mismos se desprenden que la señora ESTEBANA MENCO MENCO, cumplía un horario de trabajo, recibía una remuneración mensual por su trabajo y cumplía ordenes de sus superiores jerárquicos y que por esta razón quedaba demostrado que la actora prestó sus servicios a órdenes de la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO DEL MUNICIPIO DE MAGANGUE en el cargo de PROMOTORA DE SALUD.

De lo anterior, considera esta Sala que los mismos no podrían tenerse en cuenta, pues, tal y como lo señalo el Juez de primera instancia, los mismos se encuentran en la misma situación fáctica de la aquí demandante con respecto a la ESE del Municipio de Magangué, pues relatan que al igual que la demandante presentaron demanda en contra de la entidad demandada con similares pretensiones a la demanda que nos ocupa como lo es la declaratoria del contrato realidad, pues a juicio de esta Sala, dichas circunstancias restan credibilidad a sus relatos, en razón de que los mismos van encaminados a favorecer sus intereses ante la entidad que aquí se demanda, razón por la cual en esta oportunidad, esta Sala comparte el mismo argumento señalado por el Juez de primer grado.

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, queda más que demostrado para esta Sala, que este elemento esencial de la relación laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no se encuentra acreditado.

Cabe recordar que es deber del demandante acreditar en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral, esto es, la prestación personal del servicio (de manera permanente), la remuneración respectiva y especialmente la subordinación y dependencia en el desarrollo de una función pública, de modo que no quede duda acerca del desempeño del



13-001-33-33-006-2014-00112-01

trabajador en las mismas condiciones de cualquier otro servidor público. Por demás, los contratos de prestación de servicio a partir de los cuales se pretende entronizar el instituto de la simulación debieron haberse aportado en los términos de ley y la prueba testimonial no puede suplirlos.

Así las cosas, la viabilidad de las pretensiones dirigidas a la declaración de un contrato realidad, depende exclusivamente de la actividad probatoria de la parte demandante, dirigida a desvirtuar la naturaleza contractual de la relación suscrita y la presencia real dentro de la actividad desplegada de los elementos anteriormente señalados, especialmente el de la verdadera existencia del vínculo y sus extremos temporales, para luego entrar a desentrañar fundamentalmente la existencia de una relación laboral encubierta.

Es por ello, que se reitera que del material probatorio obrante en el expediente, no se logró probar el vínculo, los extremos de la relación, la actividad personal, ni desvirtuar la naturaleza que encierra el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes y así poder afirmar que la labor ejercida por la actora corresponde a una relación laboral bajo la modalidad de contrato realidad, por lo que no se logró demostrar que en realidad existía una relación legal laboral, disfrazada con un contrato de prestación de servicios. Sobre el punto la Corte Constitucional en sentencia T - , precisó:

"El contrato de prestación de servicios regulado por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 contiene características propias que lo diferencian de otro tipo de formas jurídicas en materia laboral: la prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer en la cual la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato; la vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por consiguiente, cuando se ejecutan este tipo de contratos no es admisible exigir el pago de prestaciones sociales propias de la regulación prescrita en el Código Sustantivo del Trabajo o en las disposiciones que regulan el derecho de la función pública. Finalmente, la jurisprudencia constitucional es clara cuando afirma que bajo esta modalidad contractual también es viable aplicar la teoría del contrato realidad, según la cual, si se reúnen los tres requisitos enunciados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, prima la situación objetiva sobre la forma jurídica que las partes hayan adoptado para regir determinada situación."

Por ende, la demandante tenía la carga procesal de demostrar de manera fehaciente la prestación personal del servicio, para continuar con el análisis de los siguientes elementos constitutivos de una verdadera relación laboral, razón por la cual, al no encontrarse demostrado el primero de ellos, esta Sala se abstendrá del análisis de los demás elementos de la relación laboral invocada.



13-001-33-33-006-2014-00112-01

En este orden de ideas, no encontrándose las pruebas necesarias para determinar la relación laboral, la demanda no está llamada a prosperar, al no ser desvirtuada la legalidad del acto acusado, el cual, luego de haber analizado cada una de las pruebas en el expediente no resultó infractor de las normas enmarcadas dentro del concepto de violación en la demanda, por consiguiente se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Cartagena que negó las pretensiones de la demanda.

Costas.

En virtud de lo establecido en el artículo 188 del CPACA, procede la Sala de Decisión a disponer sobre la condena en costas, bajo los términos de liquidación y ejecución previstos en el Código General del Proceso, que en el numeral 1º del artículo 365 dispone que estarán a cargo de la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, se condenará a la parte demandante al pago de costas que efectivamente se hayan causado, ordenando a la Secretaría General de esta Corporación su liquidación conforme lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P., incluyéndose en las mismas las agencias en derecho que procederá a fijar la Sala dando aplicación al Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura, en su artículo 3 y 4, en concordancia con el numeral 3.1.2 del artículo 6º, en el cual se dispone que en los asuntos de primera instancia con cuantía adelantados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se fijarán en la suma de hasta el 20% del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Teniendo en cuenta que en el caso concreto la parte demandante estimó sus pretensiones en la suma de \$ 37.000.000 conforme consta a folio 13 de la demanda; la Sala de Decisión fijará las agencias en derecho en la suma de TRESCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$ 370.000), que corresponden al uno por ciento (1%) de las pretensiones, considerando la naturaleza del asunto objeto de estudio, la calidad y la duración útil de la gestión y la cuantía de las pretensiones concedidas en la sentencia.

El tema de la liquidación del resto de las especies de costas (Gastos ordinarios del proceso) se harán en su oportunidad conforme lo establece la ley ritual civil.



13-001-33-33-006-2014-00112-01

En orden a lo anterior, esta Sala de Decisión condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, quien resultó vencida en los resultados del proceso.

4. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral N° 1, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Juzgado Doce (12) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, de fecha veintitrés (23) de octubre de dos mil catorce (2014), por lo aquí expuesto.

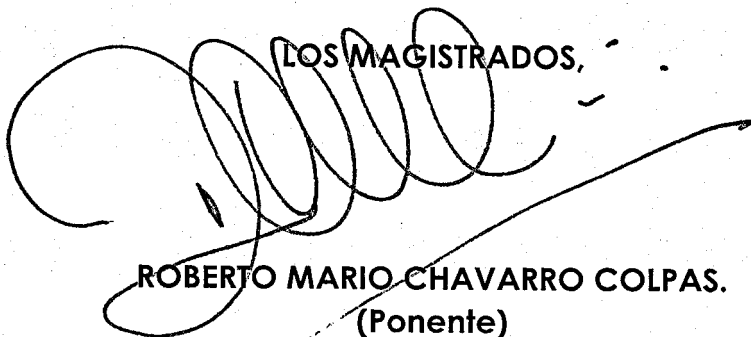
SEGUNDO: CONDÉNASE en costas de segunda instancia a la parte demandante. Por secretaría, una vez en firme la sentencia se liquidarán. Se reconocen como agencias en derecho la suma de TRESCIENTOS SETENTA MIL PESOS (\$370.000), de conformidad con lo dispuesto en lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente providencia.

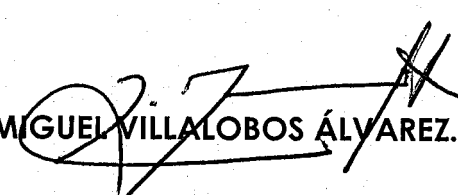
CUARTO: DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen, previo registró en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de Decisión Oral, en sesión de la fecha.


LOS MAGISTRADOS,
ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)

JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL
EN COMISIÓN


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ.

4-12-71

10/10/71

10/10/71